HISTÓRIA DO DIREITO POLÍTICO BRASILEIRO

ALVÃO DE SOUSA

INTRODUÇÃO À

HISTÓRIA DO DIREITO POLÍTICO BRASILEIRO

DO MESMO AUTOR :

O positivismo jurídico e o direito natural, São Paulo, 1940.
Conceito e natureza da sociedade política, São Paulo, 1949.
Formação brasileira e comunidade lusíada, São Paulo, 1954.

Notas sôbre a filosofia do direito matrimonial; separata de *Verbum,* Rio de Janeiro.

Santo Tomás de Aquino e a crise da filosofia jurídica, separata de *Vozes de Petrópolis.*

Democracia cristã e democracia revolucionária, separata de *Vozes de Petrópolis.*

II problema della sovranittà, separata da *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* Roma.

Representação partidária ou representação corporativa? separata do *Digesto Econômico,* São Paulo.

A Sociedade, o Poder e a Representação, aula inaugural do ano letivo de 1952, na Faculdade Paulista de Direito.

El problema político brasileño, separata de *Estudios Americanos,* Sevilha.

Historia del Derecho Brasileño, separata de *Estudios Americanos,* Sevilha.

O fundamento objetivo da ordem moral e jurídica, separata de *Reconquista,* São Paulo.

A Democracia Cristã: Leão XIII e Toniolo, separata de *Vozes de Petrópolis.*

A ordem medieval e o pensamento político de Santo Tomás, conferência no Instituto de Sociologia da Federação de Comércio, São Paulo.

Um profeta do socialismo e da expansão russa, separata de *Gil Vicente,* Guimarães.

Autoridade e representação no direito moderno, tese apresentada à IV.ª Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, São Paulo, 1954.

Departamento Editorial: Rua Fortaleza, 53 — Fone, 32-1149
Oficinas Gráficas: Rua Sampson, 265 — Fone, 93-3244
Varejo: Livraria Acadêmica — Praça Ouvidor Pacheco e Silva, 28 — Fones: 32-1296 e 32-0619 — Caixa Postal, 2362
End. Teleg.: *Acadêmica* — SÃO PAULO

A MEUS PAIS,

NO IV.º CENTENÁRIO DA
CIDADE DE SÃO PAULO.

AO ministrar um curso de História do Direito Nacional, na Faculdade Paulista de Direito, foi o autor dêste opúsculo reunindo as notas que o constituem.

O título já diz do seu objetivo. Não é um manual da História do Direito no Brasil, nem mesmo da História do Direito Político. Apenas uma introdução, visando pôr em relêvo os traços mais salientes da nossa formação jurídico-política, desde as suas raízes até o pleno desabrochar da nacionalidade.

O sentido das instituições, tal como se foram desenvolvendo, em função das circunstâncias do meio ambiente e das influências ideológicas recebidas, — eis o que visam as notas aqui concatenadas por uma linha de interpretação à qual o autor procurou imprimir o cunho da maior objetividade.

PREFÁCIO

A BENEVOLENTE acolhida dispensada à primeira edição dêste livro, especialmente por parte dos estudantes aos quais se destinava, animaram o autor a entregá-lo de novo ao prelo.

Fá-lo após haver publicado alguns ensaios de Política e Teoria do Estado *(Edição Saraiva, 1957), e lembrando, com José Honório Rodrigues, que a história das instituições políticas está ìntimamente ligada à teoria do Estado e do Direito. Se o historiador das instituições políticas precisa ter algo de jurista e algo de sociólogo, por sua vez o jurista não pode deixar de procurar na história e na sociologia o lastro de conhecimento da realidade, sem o qual cairá irremediàvelmente no formalismo abstrato, que tem sido um dos vícios da formação mental dos nossos bacharéis e legisladores.*

Ao autor da Teoria da História do Brasil *não passaram despercebidas as falhas existentes, entre nós, nesse domínio de investigações históricas, não obstante o progresso da sociologia política desde Oliveira Viana até aos seus cultivadores de hoje. Assim é — pondera com acêrto — que "nada se fêz para estudar certos aspectos mais modernos da vida política, como os grupos de pressão, tão atuantes na época do tráfico e na fase da escravidão, numerosos, bem organizados e fortes, na vida brasileira dêste século". E ainda: "Tentar compreender os comportamentos históricos das elites e das classes populares diante das grandes horas históricas muito ajudaria a verdadeira interpretação de nossa história, onde muitos agem como os heróis das histórias em quadrinhos. Pouco se tem feito para estudar tam-*

bém o papel dos militares na vida política brasileira, fator dominante, ou de bastidores" [1].

É na verdade uma tarefa das mais necessárias essa tentativa de compreensão do papel das elites e do povo, dos grupos de pressão e das fôrças armadas. E para isto, cumpre saber enquadrar a história política brasileira e a história das instituições nacionais na moldura ambiental de cada época, levando em conta a influência política, a pressão econômica e o contágio cultural procedentes de outros povos. Há muito de original, de autóctone, por assim dizer, no procedimento dos grupos e classes sociais. Há também um modo peculiar de receber as influências estrangeiras, adaptando-se às condições do meio ambiente. Há, finalmente, em certos casos, uma submissão passiva a tais influências.

Assim, os homens das minorias letradas, que dirigiam a vida política brasileira no Império e nas quatro primeiras décadas republicanas, oferecem particularidades curiosas no concernente à sua maneira de reagir perante êsses estímulos vindos de fora. Ora o espírito prático e a prudência política superam o influxo das teorias, ora êste se faz sentir com mais fôrça, suscitando o conflito entre as fórmulas legais e a realidade social. Tal conflito decorre de um desgarramento histórico na formação intelectual das nossas elites, desgarramento operado desde a época da independência e comum ao Brasil e a todos os povos hispânicos da América.

Não é demais encarecer a importância do século XVIII na formação da mentalidade das elites. O espírito do tempo, o zeitgeist daquela centúria, penetrou em Portugal e na Espanha, como não havia acontecido com a revolução intelectual da época do protestantismo. Começaram então os dois povos peninsulares a se europeizar, nas suas minorias letradas e políticas, ao mesmo tempo em que entravam a declinar econômicamente. Condições tais se refletiram na formação dos povos hispano-americanos, entre os quais as idéias francesas e anglo-saxônias atuavam decisivamente.

---

1. José Honório Rodrigues, *Teoria da História do Brasil (Introdução metodológica)*, 2.ª ed., 1.º vol., Companhia Editôra Nacional, São Paulo, págs. 195-196.

Enquanto isso, os Estados-Unidos se constituíam como nação independente numa linha de continuidade histórica de se notar nas instituições e nas idéias políticas. Daí, em grande parte, a estabilidade da república norte-americana, em contraste com o navegar sem rumo da nau do Estado nos países da América hispânica.

É que nos povos de tradição católica o iluminismo do século XVIII foi profundamente revolucionário e anti-histórico. Se o pensamento daquele século, em alguns aspectos, teve a marca do historicismo, observada por Cassirer e outros, o certo é que, no concernente às instituições políticas, e sobretudo entre os povos católicos e latinos, a sua filosofia foi subversiva e dissolvente do elemento tradicional.

A história do pensamento político no Brasil, feita paralelamente com a história das instituições, muito poderá esclarecer o assunto, que aqui vai, em alguns capítulos, apenas acenado [2].

As notas de estudo e as reflexões aqui reunidas, coligiu-as o autor ao ministrar um curso de História do Direito Nacional, e vêm a ser um primeiro esbôço de interpretação. Sugestões que poderão transformar-se em hipóteses de trabalho. Um convite aos estudantes, aos pesquisadores, aos que se preocupam com os problemas políticos do Brasil e aspiram a um melhor conhecimento da nossa formação. Que a êste conhecimento possamos chegar com vistas à organização nacional, cujas diretrizes até aqui temos procurado em doutrinas e regimes alheios ao nosso ser histórico.

A afirmação do Brasil como grande potência mundial requer, antes de mais nada, a consciência dos nossos próprios valores.

São Paulo, setembro, 1958.

---

2. Sôbre a atuação das minorias nas revoluções modernas, ver do autor destas páginas o pequeno estudo "As minorias revolucionárias" (Revista da Universidade de Campinas, ano V, n.º 14, abril, 1958) e principalmente o importante ensaio de George Uscatescu, *A Rebelião das Minorias*, Livraria Clássica Brasileira.

ÍNDICE E SUMÁRIO

CAPÍTULO I

CARACTERIZAÇÃO DO REGIME MONÁRQUICO EM PORTUGAL

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS SÉCULOS

CAPÍTULO III

O SÉCULO XVIII SOB O ASPECTO FILOSÓFICO-JURÍDICO

CAPÍTULO IV

CONSOLIDAÇÃO JURÍDICA DAS BASES NACIONAIS

CAPÍTULO V

O LIBERALISMO E O ESTADO DE DIREITO

CAPÍTULO VI

FORMAÇÃO BRASILEIRA E PROBLEMÁTICA HISPANO-AMERICANA

Capítulo I

CARACTERIZAÇÃO DO REGIME MONÁRQUICO EM PORTUGAL

1 — PRIMÓRDIOS. 2 — FUNDAMENTOS DA REALEZA: A FAMÍLIA E A PROPRIEDADE. 3 — DA FAMÍLIA AO ESTADO. 4 — PRINCÍPIOS BÁSICOS DA MONARQUIA TRADICIONAL NO OCIDENTE EUROPEU. 5 — APLICAÇÃO DÊSSES PRINCÍPIOS EM PORTUGAL. 6 — CARACTERIZAÇÃO DA MONARQUIA LIMITADA PELAS ORDENS EM FACE DE OUTROS TIPOS DE GOVÊRNO MONÁRQUICO. 7 — DO PARTICULARISMO FORALEIRO AO SISTEMA DAS LEIS GERAIS. 8 — ESPLENDOR E DECLÍNIO DAS CÔRTES. 9 — PENETRAÇÃO DO DIREITO ROMANO. 10 — INTERREGNO FILIPINO E RESTAURAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA. 11 — AS TRÊS FASES DA MONARQUIA PORTUGUÊSA. 12 — PORTUGAL E BRASIL.

CAPÍTULO I

CARACTERIZAÇÃO DO REGIME MONÁRQUICO EM PORTUGAL

1. Se em França a dinastia capetíngia exerceu papel decisivo na formação da nacionalidade e se a unidade política das Espanhas se tornou possível graças ao poder da Coroa de Castela, em Portugal a atuação da Realeza mostrou-se ainda mais poderosa e decisiva. Não se processou lentamente e por etapas a constituição definitiva da Nação Portuguêsa nos quadros jurídicos do Estado. Com o Rei D. Afonso I, Portugal irrompe sùbitamente na história.

Entretanto, claro está que o fundador da monarquia portuguêsa não vinha soprar miraculosamente num corpo sem vida, animando-o e fazendo-o caminhar. Os elementos preexistentes — lusitanos, iberos — lá estavam na faixa ocidental da península. D. Afonso I fundou o Estado, ficando assegurado o futuro da Nação.

Desde logo vamos ver aquêles elementos integrados na organização nacional. E à medida que Portugal se vai expandindo, na luta contra os mouros, até fixar-se nos seus limites atuais, do Minho ao Algarve, o que continuamos a ver é o elemento popular associado à Realeza e compartilhando das suas aventuras. As populações dos pequenos núcleos urbanos lutam contra os apaniguados de Mafoma, têm as suas franquias conferidas pelo Rei e acham-se representados nas Côrtes, aí figurando como o "terceiro braço" ao lado do Clero e da Nobreza.

Tal é a monarquia portuguêsa nos seus primórdios. Tem um cunho eminentemente popular. Paternal e popular ao mesmo tempo. A Nação é uma grande família, de que

o Rei é o chefe. O que, em parte, se verifica noutros povos da época. É a monarquia temperada, dentro das condições peculiares à sociedade de então. Monarquia limitada pelas ordens, como se tem dito. Vejamos o que isto significa.

2. Ninguém melhor do que Antônio Sardinha, elaborou, em seus lineamentos, a Teoria do Estado da monarquia tradicional portuguêsa. Refletindo sôbre os dados históricos e reduzindo a multiplicidade dos fatos à unidade dos princípios, o ilustre prefaciador da *História e Teoria das Côrtes Gerais* do Visconde de Santarém deixou-nos páginas que, além de descortinarem aos nossos olhos a organização jurídico-social de outras eras, contêm ensinamentos políticos de perene atualidade [1].

"A nossa Realeza tradicional" — começa por dizer Sardinha — "é a realeza mediévica, chegando à função orgânica da soberania pela posse da terra e por intermédio da família. No aniquilamento geral da sociedade antiga, só a Igreja permaneceu como elemento de ordem perante a anarquia terrível das invasões bárbaras. Sob a ação do Cristianismo um mundo novo se elabora penosamente, dolorosamente, tirando a Igreja dos destroços que a rodeiam as primeiras linhas da Europa moderna. É o quadro histórico em que se insere o pensamento balbuciante da Cristandade que atravessa a crise angustiosa da sua gestação. Nada resta de pé no passar e repassar das hordas conquistadoras. A Cruz é que as domina, falando-lhes palavras de paz no tumulto dos massacres. Pela Cruz os bárbaros se sujeitam a um comêço de vida social. Com essas seivas virgens a Igreja, única senhora da disciplina, empreende resolutamente a sua missão civilizadora. Teve que se principiar. E principiou-se pela reconstituição da família, a quem a Igreja, reconhecendo o direito a viver, reconheceu por isso mesmo o direito de propriedade.

1. ANTÔNIO SARDINHA, *A Teoria das Côrtes Gerais*, in *Memórias e alguns documentos para a História e Teoria das Côrtes Gerais que em Portugal se celebraram pelos três Estados do Reino, ordenadas e compostas pelo 2.º Visconde de Santarém*, págs. I-CCLXIX.

"A família e a propriedade, unidas por vínculos indissolúveis, careceram cedo de proteção. Deriva daí o pacto feudal, onde a soberania desponta com motivo nas necessidades duma época agitadíssima, em que a segurança quase se ignorava. Das minúsculas soberanias locais, por um desenvolvimento gradual e lento, se sobe devagar à unidade da soberania. Quando, por obra e graça da Igreja, a soberania se estabilizou pelos benefícios da hereditariedade, a Realeza surgia como a forma mais elevada da autoridade paterna e do direito de propriedade" [2].

3. A Família é na verdade a célula social. Tem sido sempre o ponto de partida das sociedades que, na marcha para uma organização política tornada cada vez mais complexa, chegam até ao Estado, cuja formação natural e histórica procede das famílias e dos outros grupos sociais que constituem a comunidade civil.

Êsse processo de formação das sociedades políticas se tem dado de diferentes maneiras. Nas organizações de tipo patriarcal, predominantes entre os povos do Oriente, a própria família originária subsiste: o tronco ancestral, crescendo e espalhando os seus ramos, é a um tempo sociedade doméstica e política. Na Grécia e em Roma várias famílias reúnem-se para formar a "cidade", surgindo está como um agrupamento federativo ou gentilício.

Nas sociedades patriarcais a autoridade pertence ao chefe de família, mas cumpre notar que em tais sociedades a *civitas* não ultrapassa os limites da *domus*. À medida que elas vão alcançando maior desenvolvimento, até por vêzes se transformarem nos impérios, vai desaparecendo o primitivo caráter familiar de suas instituições.

O Estado-cidade, na Hélade e em Roma, exerce um poder absoluto e centralizador. Transfere-se para a autoridade civil, no âmbito da *Polis* ou da *Civitas,* aquêle mesmo imenso e despótico poder do chefe de família dentro do lar. E

2. A. SARDINHA, op. cit., págs. XII-XIII.

instaura-se assim um regime de socialismo de Estado, tributo aliás das sociedades antigas, que haviam perdido o senso da dignidade humana, restaurado pelo Cristianismo.

O Estado feudal mantém bem vivos os traços da sua origem familiar. Resulta, por sua vez, de um agrupamento federativo na base de vínculos pessoais e territoriais. Ao contrário, porém, das cidades antigas, dos impérios orientais ou do Império Romano, é respeitada a autonomia ou, melhor, a "soberania" social das unidades componentes, pondo-se a salvo as prerrogativas das famílias em face do poder do Estado. Consegue-se assim fortalecer o poder, de maneira a enfrentar as circunstâncias revôltas do tempo, e concomitantemente limitá-lo no seu exercício, evitando o absolutismo, graças à esfera de ação assegurada às autoridades sociais que coexistem com a autoridade política.

Em Portugal, a Família é estabilizada pela instituição do morgadio, assegurando a perpetuidade do patrimônio e a influência social dos velhos troncos.

4. Como diz Sardinha, no texto citado, a soberania, em meio ao caos provocado pelas invasões dos bárbaros, desponta no pacto feudal. As alianças, que foram sendo concluídas entre os senhores das terras, vieram trazer-lhes a estabilidade no próprio domínio e instituíram juridicamente o poder. Não admira, pois, que a soberania estivesse fragmentada por entre os barões e só "por um desenvolvimento gradual e lento" fôsse alcançada a unidade do poder, na pessoa do Rei.

Situações típicas do regime feudal verificavam-se entre os visigodos, que, uma vez submetida aos sarracenos grande parte da península ibérica, procuravam refúgio nas montanhas das Astúrias, daí arrancando para a epopéia da Reconquista. Do reino de Leão, a que pertencia a Lusitânia, desmembrou-se o condado portucalense no tempo de Afonso Henriques.

Não cabe aqui entrarmos nas controvérsias travadas para saber até que ponto se pode falar de feudalismo em

Portugal depois de D. Afonso I. O fato é que os costumes feudais estão patentes no nascedoiro do novo reino, oferecendo-se desde logo o soberano do incipiente Estado como vassalo da Santa Sé. E, além disso, as limitações da soberania real, que se esboçam na antiga monarquia lusitana, evocam traços característicos da organização política feudal.

Analisemos alguns elementos de importância fundamental para a conceituação dêste regime. São princípios que nos permitem elaborar uma Teoria do Poder válida para quase todos os povos do ocidente europeu, no período anterior à centralização levada a efeito pelo absolutismo.

I. *Origem divina do poder* — Princípio fundamental no direito público da Idade Média é o que São Paulo enuncia na Epístola aos Romanos: *Non est potestas nisi a Deo*. Com êste princípio, já afirmado pelos primeiros cristãos em face dos imperadores pagãos que os perseguiam, a Igreja dignifica a autoridade e prepara a instauração de uma Ordem nova. Ela ensina também, ainda com a palavra do Apóstolo das Gentes, que o detentor da autoridade é ministro de Deus para o bem (*Rom.*, XIII, 4), condena tôda sorte de opressão, realça o valor da criatura humana, prega a verdadeira liberdade e eleva a um plano superior o direito natural, transfigurado pelo direito cristão. Dos Concílios toledanos, recebia o Império Visigótico estas verdades, que passavam depois à monarquia leonesa e por aí se transmitiam ao reino fundado por D. Afonso.

II. *Primazia do poder da Igreja* — Contra o cesarismo antigo e o cesaro-papismo bizantino, a Igreja reivindica plena soberania na ordem espiritual. Mantém a distinção entre os dois poderes ensinada por Jesus Cristo, sem os separar como faz o Estado moderno secularizado. Daí resulta naturalmente uma primazia da Igreja sôbre o Estado, dada a superioridade do espiritual em relação ao temporal.

III. *Soberania política e soberania social* — Mesmo na ordem temporal, o Estado, sendo soberano, não tem poderes

absolutos. O feudalismo representa uma fragmentação da soberania, exercendo os senhores feudais uma parcela dos poderes comumente atribuídos ao Estado: manter a ordem, distribuir justiça, perceber impostos, cunhar moedas. Uma larga esfera de ação é reconhecida também às populações das comunas, não só no sentido de se governarem a si mesmas no âmbito da cidade, mas ainda no de regulamentarem a produção e o comércio, através do regime corporativo. É esta a soberania social, que coexiste com a soberania política do Estado. Se Portugal não reproduz todos os traços do feudalismo, em compensação oferece um exemplo bem frizante de municípios e agremiações locais com um vivo sentido das suas autonomias.

IV. *Princípio dinástico* — No dizer do autor da *Teoria das Côrtes Gerais*, "a soberania se estabilizou pelos benefícios da hereditariedade". Daí vem o princípio dinástico. Só então a realeza tornou-se efetivamente "a forma mais elevada da autoridade paterna e do direito de propriedade". Os romanos não haviam chegado a êste princípio, tendo-o visto apenas esboçar-se na época aliás tão florescente dos Flávios e Antoninos. Comparada com a realeza medieval, o império romano não passa de um regime monocrático. A ditadura vitalícia, não ainda a monarquia.

V. *Sistema representativo* — O princípio dinástico expressa a soberania política. O sistema representativo faz atuar a soberania social junto ao Estado. Representam-se nas assembléias do tempo os senhores de terras, os trabalhadores de ofícios e os clérigos. Êstes últimos, não só porque o Estado se acha unido à Igreja mas ainda porque a Igreja tem seus interêsses materiais por que velar e funções públicas a cumprir, como o ensino ou as obras de beneficência. Clero, Nobreza e Povo são os "estados" ou "ordens" do tempo: exercem a soberania social e limitam a soberania política.

5. Tais princípios se fizeram notar de um modo pronunciado em Portugal.

A forma eletiva da monarquia, que fôra a dos gôdos, vinha caindo em desuso quando Fernando, o Magno, nos princípios do século XI, repartiu os seus Estados em testamento, entre seus três filhos, deixando a Coroa de Castela a D. Sancho, as da Galiza e Portugal a D. Garcia, e a de Leão a D. Afonso VI. Êste último, sobrevivendo aos irmãos, reuniu-as outra vez, dando o senhorio de Portugal *iure hereditario* a D. Henrique de Borgonha, casado com sua filha D. Teresa. Desde o filho do Conde D. Henrique, infante, príncipe e primeiro Rei de Portugal, observa-se o princípio da hereditariedade, aliás determinado na própria letra de instituição do senhorio.

A doutrina da origem divina do poder está expressa em numerosos documentos oficiais dos primeiros séculos, que em outras palavras reproduzem a afirmativa de D. Dinis, reconhecendo, no preâmbulo da lei contra o jôgo de 1.º de julho de 1340, *que o regimento dos ditos Regnos per Deos nos he outorgado* [3].

Acrescente-se o fato já mencionado de haver D. Afonso I prestado vassalagem ao Sumo Pontífice. Oferecendo-se por feudatário da Santa Sé, com o censo anual de quatro onças de ouro, o primeiro Rei de Portugal ratificava, no plano das instituições temporais, o reconhecimento da supremacia da Igreja.

Ao ser entronizado o soberano, os *Estados do Reino* prestavam juramento de preito e homenagem, e o monarca o de

3. *Livro das leis e posturas*, apud GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, 2.ª edição dirigida por Torquato de Sousa Soares, Lisboa, Livraria Sá da Costa, I, pág. 151. Nota Gama Barros que o princípio da origem divina do poder civil e a dependência em que esta origem o colocava para com a Igreja é bem evidente na forma de benzer e coroar os reis segundo o ritual de Cardena, o qual parece datar do século XIII: *Vis fidem sanctam a catholicis viris traditam tenere, et operibus iustis observare? R. Volo. Vis Sanctis Ecclesiis ecclesiarumque ministris tutor et defensor esse? R. Volo. Vis regnum tuum, a Deo concessum, iustitiam Patrum tuorum regere et defendere? R. Volo.* Etc. Afonso X de Castela reproduz no *Speculum* a lição das Escrituras: "Jesus Cristo pôs os reis neste mundo para governarem os reinos da terra segundo o que disse — os reis por Mim hão de reinar, etc." A mesma doutrina é a das *Partidas*. Reproduzem-na documentos legislativos e judiciários dos primeiros tempos da monarquia portuguêsa.

observar e manter os foros da Nação. Conjugava-se, pois, ao princípio dinástico o da limitação da soberania política pela soberania social, de que o direito foraleiro português se tornou uma das expressões mais típicas.

Punha-se assim em prática a norma generalizada nos tempos mediévicos: *regnum non est propter regem, sed rex propter regnum.* E guardava-se a lição dos Concílios de Toledo: *rex eris si recta facies, si recta non facies non eris.*

Clero, ordens militares, nobreza, povo e Côrtes, eis as fôrças sociais organizadas, que de certo modo contrabalançavam o poder do Rei. Entretanto, como bem observa Francisco Elias de Tejada, muito mais importantes do que tais fôrças externas, para a conceituação da monarquia limitada, eram as "motivações éticas, então robustecidas pelo apoio de firmes crenças religiosas". Tais limitações procediam da condição cristã dos reis, compenetrados de que "tinham uma alma a salvar e deviam prestar contas a Deus" [4].

Distingue o mesmo Autor, entre as limitações ao poder real existentes nos primeiros tempos da monarquia, as dos seguintes tipos:

a) — limitações éticas e religiosas;

b) — limitações políticas (ordens sociais e Côrtes);

c) — limitações estritamente jurídicas.

Estas últimas concentravam-se na *Cúria,* tribunal de apelação, que também decidia em primeira instância os

4. Francisco Elías de Tejada Spinola, *Las Doctrinas Políticas en Portugal* (*Edad Media*), Madri, 1943, págs. 18-20. Menciona um caso frizante para nos dizer do alcance profundamente humano daquelas limitações éticas e religiosas. Numa lei de 1211 Afonso II dispunha que uma sentença de morte ou mutilação dada pelo Rei só fôsse executada daí a vinte dias, com o fim de evitar qualquer violência ou injustiça provindas de um movimento impulsivo da autoridade. "Porque a ssanha sooe a enbargar o coraçon que non pode veer direytamente as cousas. Por ende estabeleçemos que sse por ventuyra no movimento de nosso coraçom a alguem iulgarmos morte ou que lhi cortem algum membro tal ssentença sseya perlongada até XX dias. E des hi adeante seerá a sentença e a eyxecuçom se a nós en este comenos nos rrevogarmos." (Lei XXI de 1211 in P.M.H. *leges op. cit. et consuetudines,* I, 175).

litígios de determinadas matérias ou nos quais estivessem envolvidas certas classes de pessoas, inclusive as questões havidas entre o soberano e os vassalos.

A cúria régia, oriunda dos povos germânicos, passou da monarquia leonesa a Portugal. Cercava-se o Rei de conselheiros nobres e eclesiásticos, sendo mais tarde convocados também representantes do povo. Foi então que surgiram as Côrtes pròpriamente ditas.

Quanto à administração da justiça, novos órgãos coletivos e singulares foram sendo instituídos, surgindo como tribunal superior a Casa da Suplicação, cuja disciplina conhecemos pelas Ordenações.

Cumpre notar que em Portugal, desde o alvorecer da monarquia, o chefe de Estado vem revestido de uma alta majestade e de prerrogativas que não se encontram, por exemplo, entre os reis franceses da época. Já o direito consuetudinário de Castela, Leão e Galiza reconhecia certas atribuições próprias à soberania do Rei, enumeradas nas *Cartas de hermandad* dos concelhos daquelas regiões: exercer a suprema administração da justiça, impor a *marzadga* ou *martinéga* (tributo que se cobrava em março) e os direitos de fossadeira e jantar. Era indisputável o privilégio real de cunhar moeda, não encontrava o monarca diante de si aquêles barões cujo poder muitas vêzes chegava a ofuscar o seu próprio, como nos mostra a história do feudalismo europeu.

Nem por isso deixam de existir as limitações ao poder do Rei, oriundas dos foros e imunidades privativas das ordens. Em certas ocasiões o poder das classes privilegiadas chega mesmo a sobrepor-se decisivamente ao do próprio Rei, sendo bastante a êste respeito lembrar o caso da deposição de D. Sancho II.

O que se nota desde logo é a importância do elemento popular, no qual o soberano vai apoiar-se mais tarde para fortalecer ainda mais o seu poder a cortar o passo às pretensões da nobreza.

O regime municipalista dos concelhos atinge por isso mesmo um apreciável desenvolvimento e a representação popular nas Côrtes desponta antes que outros povos a praticassem.

6. Assim é que, antes da perversão absolutista, o govêrno português gira em tôrno do dualismo "Príncipe" e "República", ou "Grei", está personalizada nas Côrtes e representada pelos três Estados ou ordens do Reino, com a responsabilização do detentor do poder e a contratualidade constitucional num sentido muito diferente da mais tarde instaurada pelo parlamentarismo.

O Rei, devendo respeitar os forais e privilégios ou garantias, pode exercer sua livre ação em favor da Grei, por meio de atos legislativos em esfera não reservada às Côrtes, ou em caso de imperiosa necessidade pública.

Quanto às Côrtes, trata-se de assembléias deliberantes ou meramente consultivas? Embora não perfeitamente esclarecida a sua natureza, nelas podemos ver elementos moderadores do poder do Rei, a compartilharem da soberania. Donde o concluir Coelho da Rocha "que o govêrno não era *puramente monárquico* ou *absoluto,* como sustentavam os nossos publicistas do século passado; ainda que se não possa assentir à opinião de alguns modernos, que inexatamente chegam quase a confundi-lo com o constitucional" [5].

O sistema representativo, inexistente ou sem eficácia nas monarquias absolutas, apresenta-se-nos, na orgânica do regime tradicional, com uma feição muito diversa da que vem a adquirir mais tarde, nas monarquias constitucionais. Nestas últimas, o Rei reina e não governa: quem governa é o Parlamento, ou melhor, o Gabinete na dependência do

5. M. A. Coelho da Rocha, *Ensaio sôbre a História do Govêrno e da Legislação em Portugal,* 6.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1887, § 63, pág. 51. Cf. Gama Barros, op. cit., tomo III, pág. 130: "Se repugna à verdade da história a proposição de que as côrtes eram exclusivamente deliberativas, os fatos também não consentem que se lhes dê sempre o caráter de meramente consultivas, porque é indubitável que foram uma e outra coisa em tempos e matérias diversas".

Parlamento. No caso do absolutismo, o Rei reina e governa discricionàriamente. Na monarquia limitada pelas ordens, o Rei reina como soberano e governa com as Côrtes, nas quais se acham representados os corpos sociais da Nação. Quer dizer, o Rei reina e governa, mas não administra. A administração está descentralizada por entre os órgãos autônomos da sociedade, numa época que ainda não conhece o Estado centralizador e burocrático. E a representação política preenche a sua razão de ser como vínculo entre a sociedade e o poder, sendo êste uno sem ser centralista, nem absoluto.

Essa representação, de tipo corporativo, bem se distingue, pois, da existente nos governos representativos modernos, assentados nas bases individualistas do sufrágio universal e inorgânico.

Não se conhecia o sistema das constituições escritas. A constituição histórica da sociedade inspirava as leis fundamentais do Reino, de caráter predominantemente consuetudinário.

Ainda no dizer de Sardinha, "correspondendo às fôrças naturais da sociedade, organizadas e hierarquizadas em vista ao entendimento e bases do comum, as "ordens" do Estado eram, a dentro dos seus foros e privilégios, as depositárias natas dessas "leis fundamentais". Cada associação, cada classe, cada município, cada confraria rural, cada beetria, possuía na Idade Média o seu estatuto próprio, a sua carta de foral. Legislação positiva, destinada a normalizar e a coordenar as exigências da vida quotidiana, tomava o "costume" por base e consagrava a experiência como sua regra inspiradora. A sociedade não se pode reduzir de maneira alguma a um tipo único, cheio de rigidez e simetrismo, — tal como a concebem os improvisos legislativos dos parlamentos e reformadores contemporâneos. A Idade Média caracterizou-se pelo respeito à *variedade* social, em prejuízo manifesto da *unidade* nacional. A *variedade* social é a circulação e a autonomia no corpo descongestionado dum país. A *unidade*, servindo o Estado, é, por outro lado, um

elemento imprescindível à continuidade e à duração. Se a Idade Média pecou pela *diversidade,* a Realeza lentamente lhe corrigiu os excessos, caindo num excesso contrário, — o do centralismo, pela influência prestigiosa do Direito Romano. Do centralismo monárquico derivou, através dos dogmas absolutistas inaugurados pela Renascença, a perversão da Realeza, — o esquecimento das "leis fundamentais" do povo na hipertrofia crescente do Estado.

"Daí à impersonalidade, com tanto de anônima como de tirânica, dos governos revolucionários, mediaria um passo. Triunfou da *diversidade* (autonomia municipal e corporativa, regionalismo e profissionalismo) o exagêro oposto, — o exagêro unitarista, que é o característico do regime ditado pela jurisprudência napoleônica à organização burocrática e mecânica do Estado moderno" [6].

Nas Côrtes havia, pois, a estipulação de pactos constitucionais, a fixação de garantias, que tinham então o nome, para os tempos de hoje antipático, de privilégios, constituindo os foros do Reino, que o monarca jurava respeitar.

Os forais representavam o pluralismo básico da sociedade, correspondendo ao diverso desenvolvimento local. O interêsse geral se espelhava nos assentos das Côrtes, aquilo que hoje chamaríamos "emendas" ou "atos adicionais" à Constituição.

Eis a estrutura fundamental que o liberalismo, preparado pela centralização absolutista, veio romper.

7. Em 1211, nas Côrtes de Coimbra, D. Afonso II fazia publicar as primeiras leis gerais. Até então o direito constava sobretudo de usos, costumes e foros não escritos, ratificados depois pelos forais e sancionados pelas leis promulgadas a partir daquele soberano.

O particularismo do direito consuetudinário e foraleiro dá uma fisionomia jurídica bem característica à monarquia limitada. Verdade é que desde os primeiros tempos da

6. A. SARDINHA, op. cit., págs. CV-CVI.

fundação da monarquia, o Código Visigótico era aplicado ao novo reino, e concomitantemente os Cânones dos Concílios. Data do século VII a importante reforma que determinou a unificação legislativa na península. Tinham os gôdos o seu direito privativo, coligido numa compilação e coexistindo com o Breviário de Alarico ou *Lex Romana Wisigothorum*. O Breviário alariciano ou aniano vigorava para os hispano-romanos até que as reformas concluídas quando reinava Recesvindo unificaram numa só legislação as relações jurídicas de todos os seus súditos. E assim o Código Visigótico — ou seja, a *Lex Germanica Wisigothorum* — imperava como lei geral na época em que a Nação Portuguêsa se constituiu em Estado independente. Era o *Liber Judiciorum* ou *Forum Judicum*, assinalando em seus textos a influência do Direito Romano e do Direito Canônico [7].

Mas o fato é que a vetusta legislação que dos gôdos passara à primitiva monarquia lusitana não podia resistir ao ímpeto dos usos e costumes, cuja fôrça normativa correspondia às condições próprias de uma sociedade de formação acentuadamente particularista. À medida que se afirmava o localismo do direito costumeiro, ia caindo em desprestígio a lei geral dos primeiros tempos, isto é, o Código herdado de Leão e Castela.

Dos costumes e foros não escritos passava-se para as leis particulares, multiplicando-se os *forais*, a regerem os diversos distritos do Reino. Provinham êstes dos Reis e dos nobres donatários de terras, continham dispositivos de direito civil e criminal, taxavam os foros, serviços e prestações, estabelecendo ainda isenções e privilégios em grande parte ditados pela necessidade de atrair povoadores.

Era ainda o tempo da luta contra os mouros, em que a monarquia se consolidava e tratava de assegurar o solo re-

---

7. Reportando-se a Savigny e Haenel, Gama Barros considera que "foi da legislação do *Breviário*, com muita probabilidade, que se extraiu todo êsse direito imperial que passou para as leis visigóticas". Segundo observa o mesmo Autor, "a parte considerável que ao direito romano cabe no direito geral dos visigodos, é tão manifesta à mais leve confrontação, que nem carece realmente de ser demonstrada" (GAMA BARROS, op. cit., t. I, pág. 52).

conquistado às coortes do crescente. Vem daí esta apreciação de Antônio Caetano do Amaral, na sua *Memória V*: "Legislação amoldada à índole de homens de guerra, cuidadosos só de ganhar terreno, ou dêle tirar com que manter a vida frugal; e em quem mais havia que coibir violências e cruezas, do que fraudes, e dolos" [8].

Tal o direito primitivo português. Deixava-se a lei geral visigótica pelo particularismo foraleiro, posteriormente sobrepujado pela universalidade legislativa, que tornaria a despontar com D. Afonso II nas Côrtes de Coimbra, afirmando-se como tendência poderosa e dominante no tempo das Ordenações.

O direito localista, na monarquia limitada pelas ordens, se coaduna com a natureza do regime; as leis gerais preludiam o absolutismo. Ao ser elaborado o primeiro corpo de leis — as Ordenações Afonsinas — caminhava o poder régio para o seu fortalecimento. Assegurando a primazia da lei geral sôbre o particularismo do direito antigo, o monarca fazia sentir a sua missão de órgão supremo da unidade nacional.

8. A época áurea das Côrtes, nota Coelho da Rocha, coincide com a da verdadeira grandeza de Portugal: é a dos primeiros reis da dinastia de Aviz.

D. João I convocou as Côrtes vinte e duas vêzes, D. Duarte quatro e D. Afonso V vinte e três. A convocação dependia da boa vontade do soberano, mas em 1438, nas de Tôrres Novas, se determinou que fôsse feita anualmente, ao mesmo tempo em que se fixavam as suas atribuições: lançamento e alteração de tributos, declarar guerra e fazer a paz, marcar o valor da moeda, prover os altos ofícios da administração pública. D. Afonso V era então menor, tendo a Rainha protestado contra esta decisão, ao que replicaram os

8. ANTÔNIO CAETANO DO AMARAL, *Memórias*: *Memória V para a História da Legislação e Costumes de Portugal*, edição preparada e organizada por M. Lopes de Almeida e César Pegado, Livraria Civilização Brasileira Editôra, pág. 2.

procuradores dos povos. Começavam as escaramuças entre as Côrtes e o soberano. Nas de Santarém de 1451 e nas de Lisboa de 1455, o mesmo D. Afonso V foi argüído por haver ditado e revogado leis fora das Côrtes. Sob seu sucessor, Gama Barros focaliza os últimos momentos da monarquia limitada, o ocaso do regime, a transição para a monarquia absoluta. Quatro reuniões de Côrtes apenas no longo reinado de D. Manuel, o Venturoso, a três no de D. João III, evidenciavam tempos diferentes. Desde 1525 todos se contentavam em que as convocações fôssem feitas de dez em dez anos.

Entre os elementos comumente apontados como dos mais relevantes na formação do absolutismo, acham-se o comércio marítimo e o direito romano. O primeiro recebia grande impulso exatamente sob D. Manuel: as fontes de riqueza propiciadas pelas Índias libertavam o Rei da necessidade de lançar novos tributos, e conseqüentemente de convocar as Côrtes para obter a respectiva anuência. Quanto ao direito romano, deve-se notar que de há muito vinha integrando a organização jurídica do povo português [9].

9. É fato incontestável, devidamente averiguado à luz da história, que a teologia protestante e o direito romano contribuíram para favorecer o absolutismo monárquico na

---

9. O cunho romanista nos antecedentes ibéricos do direito luso é atestado quer pelo Breviário de Alarico, quer pelo *Forum Judicum*, êste último, já o vimos, reproduzindo dispositivos das leis romanas. Quanto ao código de Alarico, na sua elaboração foram aproveitados os códigos gregoriano, hermogeniano e teodosiano, instituições de Gaio, sentenças de Paulo e o livro I das *responsa* de *Papiniano*. Sob D. Dinis eram traduzidas as *Partidas* de Afonso o Sábio de Castela, onde havia muito do direito de Justiniano, cuja obra, já publicada em castelhano, se passava para o vernáculo. E, ainda no tempo da primeira dinastia, as fórmulas da jurisprudência romana se metiam pelo processo adentro: "Em lugar do bom senso dos homens bons, os interêsses e vida dos cidadãos ficaram dependentes da sutileza das leis, ou da arbitrariedade de um só; e apenas algumas causas de menor monta continuaram a ser decididas pelos juízes em Câmara. Os *advogados*, inúteis até então, tiveram o seu lugar no fôro; mas com tão mau sucesso nos seus princípios, que foram mandados excluir por leis de D. Afonso IV e D. Pedro I" (COELHO DA ROCHA, op. cit., § 65). Antes disso tudo se pleiteava de plano e verbalmente; o processo era extremamente simples, sendo que os Conselhos de *homens bons* ou *jurados* decidiam segundo os forais.

Europa. A primeira, através da idéia da origem carismática do poder político, já apregoada por Wyclif, acolhida por Lutero e seus discípulos, esposada com ardor por Jaime I de Inglaterra; o segundo, naquele texto do Digesto interpretado com oportunismo pelos legistas — *quod principi placuit legis habet vigorem*. O protestantismo, a patrocinar a ambição dos príncipes ávidos de se locupletarem com os bens da Igreja, secularizando-os; o romanismo, a reviver a política centralizadora, sufocando as manifestações particularistas do direito medieval.

Não tendo a impròpriamente chamada Reforma penetrado em Portugal, só o elemento romanista ficou aí servindo de sustentáculo ideológico para o absolutismo.

Símbolo de uma época é o Dr. João das Regras, discípulo de Bártolo, servindo ao Mestre de Aviz com as armas da dialética afiadas na escola de Bolonha, enquanto Nun'Álvares o defendia com a espada de Condestável.

Ao subir ao trono o primeiro representante da segunda dinastia, delineiam-se as tendências para o absolutismo. E é precisamente quando se abre o período de máximo esplendor das Côrtes, como pondera Coelho da Rocha. Não se trata de coisas contraditórias? Com efeito, sintomas de uma profunda transformação do regime tornam-se mais sensíveis apesar de ser mantido e mesmo aprimorado o sistema tradicional. O prestígio de João das Regras aproveita a todos os de sua classe, e passam os juristas ou *leterados* a formar uma nova ordem no Reino. Dois desembargadores do Paço figuravam ao seu lado no Conselho de D. João I, e as Côrtes de Coimbra de 1385 vinham propor que aí se representassem as quatro classes: prelados, fidalgos, letrados e cidadãos.

Sob D. João II os legistas fornecem ao Rei os instrumentos jurídicos com que subjugar a nobreza. Nas Côrtes de Évora, de 1481, o Dr. Vasco Lucena inspira no direito romano o seu discurso contra a nobreza latifundiária. O processo do Duque de Bragança é submetido aos letrados da Casa da Suplicação, não obstante o Duque reclamar juízes

que fôssem seus pares, permitindo o Rei que se admitissem alguns fidalgos e cavaleiros no tribunal adrede constituído, onde estavam também os doutores em leis Diogo de Lucena e João Teixeira. E até a cena trágica do assassinato do Duque de Vizeu encontra ao lado do Rei um legista, o Dr. Nuno Gonçalves, a quem o soberano encarrega de redigir o auto de justiçamento sumário.

Eram os legistas homens do povo, sempre ao dispor do monarca nos seus esforços para consolidar o próprio poder em detrimento dos privilégios da aristocracia. Haviam-se identificado com as aspirações populares, na ascensão do Mestre de Aviz. Não admira que os procuradores dos povos nas Côrtes de Santarém pedissem a El-Rei D. Duarte a nomeação exclusiva de letrados para corregedor, retirando-se assim aos fidalgos cargos de justiça [10].

E entretanto êsses mesmos legistas, imbuídos do romanisno centralista, iriam concorrer para que o elemento popular fôsse também arredado dos negócios públicos, fazendo com que a Realeza perdesse aquêle duplo caráter, paternal e popular, que tinha a princípio.

É quando, no dizer de Xavier Cordeiro, em sugestiva síntese, "os homens bons dos concelhos cedem a palavra a Acúrcio e a Bártolo. A antigüidade clássica ressurge como uma obsessão coletiva, viciando as virtudes ancestrais da Grei" [11].

D. Manuel I faz reformar as Ordenações e os forais. De 1513 a 1517 o romanista Rui de Pina percorre as províncias do Reino, e a sua passagem — na expressão do

10. Os legistas cujos nomes eram propostos haviam participado do movimento que levou ao trono o Mestre de Aviz: Gil Docem, João das Regras, Martim Afonso e João Afonso de Azambuja. Na Crônica de D. João I, Fernão Lopes menciona os letrados entre os componentes dos quatro estados do Reino. Começaria dentro em breve o "duelo" do direito romano com o direito canônico e o direito costumeiro (cf. EDUARDO D'OLIVEIRA FRANÇA, *O Poder Real em Portugal e as Origens do Absolutismo*, Boletim LXVIII de História da Civilização Antiga e Medieval, da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 1946, págs. 151-153).

11. XAVIER CORDEIRO, *O Direito e as Instituições*, in *A Questão Ibérica*, conferências realizadas na Liga Naval Portuguêsa, Lisboa, 1916, pág. 228.

mesmo Autor — "é como uma rasoira. Os forais, desde então, mais parecem diplomas de exação fiscal do que êsses admiráveis códigos de direito público e civil, que até aí haviam sido.

"A fixação dos direitos reais oblitera a feição paternal da magistratura do Rei: — era a conseqüência lógica e fatal da unificação do Direito.

"E é assim que o maravilhoso edifício municipal começa a desmoronar-se.

"A sujeição a regras gerais substitui a diferenciação regionalista da pura organização foraleira. O comunitarismo ancestral da Raça começa a diluir-se num individualismo exótico e dissolvente.

"A decadência da Nação começa: — pervertem-se os costumes, dispersa-se o espírito da Grei e o oiro da Índia completa a corrupção.

"Volvido um século, Portugal abre as fronteiras ao invasor castelhano. Era o remate lógico da sua desnacionalização" [12].

A unificação legislativa vem, pois, favorecer a marcha do absolutismo no século XVI, sendo que até já começava a crescer a fôrça absorvente do poder real, principalmente na luta com os nobres e com o Clero. Quanto a êste último, a contenda girava em tôrno das atribuições da autoridade secular querendo obrigá-lo à sujeição das leis civis. Aliás já nas leis das Côrtes de Coimbra, em 1211, se haviam limitado as aquisições do Clero, não obstante o expresso reconhecimento do respeito e proteção devidos à Igreja e aos seus ministros [13].

---

12. XAVIER CORDEIRO, loc. cit.

13. O antagonismo entre o Clero e o poder civil estava principalmente nas disputas suscitadas pela posse de dois privilégios: isenção da jurisdição secular e imunidade dos bens da Igreja (GAMA BARROS, op. cit., II, pág. 14). Outros fatos importantes tendentes a consolidar o poder central são lembrados por Gama Barros as inquirições e confirmações régias, o exercício do direito de correição e a instituição dos juízes de fora (I, pág. 162). Cumpre não esquecer a famosa Lei Mental, de D. João I, e mais uma vez aí a presença de João das Regras, acobertando com especiosas razões jurídicas o golpe legislativo perpetrado contra a nobreza.

Nada, porém, mais contribuía para o robustecimento do poder real do que as transformações econômicas do tempo e o espírito do direito novo, introduzido pelos legistas.

Na divisa de D. João II, o Rei que tanto fêz para abater a nobreza e revigorar o seu próprio poder, descobre-se o sentido do absolutismo em Portugal. *Pola lei e pola grei*: o poder forte do soberano escudando-se no direito e fazendo respeitar o sistema da unidade legislativa, com o apoio dos homens do povo, que nêle vêem o seu protetor natural contra os excessos e vexames dos senhores de linhagem. Portanto, uma forma especial de absolutismo real, diferente dos moldes estrangeiros. Poder régio forte apoiado no terceiro estado, êste o traço mais saliente.

10. Durante o domínio espanhol em Portugal, devemos distinguir entre a política posta em prática por Filipe II e a seguida pelos seus sucessores.

Filipe II, fazendo jus às suas origens maternas, soube tratar Portugal como um Estado que se unia à Coroa de Castela sem perder a sua individualidade própria. Nas Côrtes de Tomar, em 1581, confirmando capítulos oferecidos antes às de Almeirim, fazia estabelecer que seriam guardados os fôros, liberdades, privilégios, usos e costumes tradicionais; mantidas as Côrtes; reservados a portuguêses os cargos políticos, comendas e prisões das Ordens militares; assegurado a Portugal o comércio para a África e a Índia, com navios e tripulações do país; conservada a moeda corrente e reconhecida oficialmente a língua. E em 1595 entregavam juristas portuguêses a obra da revisão do direito da qual havia de resultar a última das Ordenações.

"Portugal para os portuguêses", assim resume a política de ocupação de Filipe II, um dos biógrafos que souberam fazer justiça ao grande caluniado da história [14].

Seus sucessores não seguiram a mesma linha de prudência. Filipe III nomeava cinco espanhóis para o Conselho de

14. Ludwig Pfandl, *Felipe II*, tradução de José Corts Grau, Cultura Española S. L., Madri, 1942, pág. 426.

Portugal, deixando de atender às reclamações das Côrtes de Lisboa. E, sob Filipe IV, o Conde-Duque de Olivares consumava a centralização. Trinta e oito anos após a morte de Filipe II eram lançados os primeiros impostos castelhanos sôbre Portugal. Perdia-se o senso da monarquia dualista.

Depois da restauração da independência, em 1640, tudo indicava que o absolutismo ia ceder. Mais uma vez aparece o povo no cenário dos grandes acontecimentos políticos, como se dera quando da ascensão do Mestre de Aviz. E desta feita são os legistas que o acompanham, para em seguida o atraiçoarem. São os doutrinadores da soberania popular, que, na trilha de Velasco de Gouveia, afirmam achar-se o poder régio originàriamente nos povos e repúblicas, que o transferem mas o conservam *in habitu,* podendo reassumi-lo quando necessário e negar obediência aos reis sem título ou tiranos no govêrno.

Poucos anos antes suscitara-se a questão das monarquias de direito divino, saindo a campo o professor de Coimbra, Francisco Suárez para, na mesma linha de pensamento do Cardeal Belarmino, rebater a teoria de Jaime I da Inglaterra. Procurava-se acentuar a importância do consentimento popular com o fim de cortar as asas às pretensões do absolutismo, fundado numa falsa interpretação da origem divina do poder. Surgem então aquelas idéias da soberania inicial e alienável do povo, chegando Azpilcueta Navarro a sustentar que os reis não passam de órgãos de execução da vontade popular. Tal é a corrente ideológica dentro da qual se situa o mencionado Velasco de Gouveia, catedrático de Cânones em Coimbra, que oferece a D. João IV, recentemente entronizado, as páginas de sua Justa Aclamação [15].

---

15. Trata-se do "documento mais explícito da doutrina então sustentada, favorável à soberania popular" — escreve JOÃO FRANCISCO AYRES DE CAMPOS (João Ameal), em *A Origem do Poder Real e as Côrtes de 1641,* publicação da Academia Portuguêsa de História, separata dos "Anais", volume VI, Lisboa, 1942, pág. 433. O livro de Gouveia "desde logo foi por todos considerado a expressão oficial mais autorizado da filosofia política do novo regime" — lembra L. CABRAL DE MONCADA, em conferência reunida nos *Estudos de História do Direito,* volume I, *Acta Universitatis Conimbricensis,* 1948, pág. 218.

Antes disso, as Côrtes de 1641, nas quais o Duque de Bragança era recebido como legítimo soberano, oficializavam as doutrinas dominantes nos têrmos de um assento assim redigido: "Porquanto conforme às regras do Direito natural e humano, ainda que os reinos transferissem nos reis todo o seu poder e império para os governarem, foi isso debaixo de uma tácita condição de os regerem e mandarem com justiça e sem tirania, tanto que no modo de governarem e usarem dêles podem os povos privá-los dos reinos em sua legítima e natural defensão, e nunca nestes casos foram visto obrigarem-se, nem o vínculo de juramento estender-se a êles" [16].

Em breve, porém, estariam desvanecidas as esperanças dos que, à vista de tais declarações e do sentido popular da restauração da independência, se tivessem apressado em saudar a aurora de uma completa restauração das instituições e dos costumes tradicionais.

Nos considerandos da lei de 29 de janeiro de 1643, confirmando e revalidando as Ordenações Filipinas, D. João IV usava destas expressões: "Hei por bem, de minha certa ciência, poder real e absoluto..." É verdade que uma tal fórmula já em outros tempos se empregara, mesmo quando não havia ainda a Realeza ultrapassado os limites que lhe impunham os elementos moderadores do regime. Agora contudo tinham outra significação, soavam como um acinte do soberano em face dos pruridos democráticos do tempo.

As Côrtes de 1668, nas quais era deposto D. Afonso VI, exerciam pela vez derradeira a faculdade de votar subsídios. Depois das turbulências havidas nas de 1674, D. Pedro II tratava de afastar aquelas tradicionais assembléias da participação no govêrno. O mesmo fazia D. João V, impondo tributos *sem embargo de se não celebrarem Côrtes* e alegando motivos de urgência que lhe permitiam dilatar indefinidamente a convocação dos estados.

---

16. *Apud* L. CABRAL DE MONCADA, op. cit., I, págs. 216-217.

Iam passando os tempos dos quais D. Francisco Manuel de Melo escrevia na Epanáfora 1.ª: "Segundo os antigos fôros não podem os príncipes impor novo tributo, antes que em Côrtes seja comunicado, pedido e concedido".

O absolutismo retomava a sua marcha, para atingir o clímax sob D. José I.

11. O século XVIII é o século do despotismo esclarecido. A filosofia das luzes difunde-se por todo o continente europeu e os filósofos revolucionários escrevem cartas aos soberanos do tempo, não vacilando em fazer a apologia do poder absoluto, em que viam o instrumento para apressar a ruína definitiva da ordem tradicional.

Frederico II polarizava as atenções. O absolutismo dominava na França e na Áustria. E, enquanto os Bourbons governavam em Madri com os olhos voltados para a Côrte de Paris, o Ministro Sebastião José de Carvalho, no reinado de D. José, desnacionalizava o Estado português, pondo em prática métodos políticos inspirados pelo filosofismo iluminista.

Se a perturbação cosmopolita de Quinhentos, como diz Sardinha, deixara Portugal cortado a meio de sua jornada histórica, impedindo-o de seguir a rota natural da sua formação [17], — agora era o cosmopolitismo das idéias que vinha completar a obra desagregadora. Nem o humanismo da Renascença, que em Portugal e na Espanha não assumira a feição naturalista e paganizante manifestada noutras partes, nem o romanismo dos legistas haviam exercido tão violenta pressão. Na sua faina demolidora, as reformas de Pombal só seriam excedidas pelo constitucionalismo do século XIX [18].

Chegamos assim às derradeiras fases da monarquia portuguêsa.

17. A. SARDINHA, op. cit., pág. CXIV.

18. Sôbre o absolutismo do século XVIII, ver adiante o capítulo III.

Recapitulando, temos, pois, segundo a sucessão cronológica:

I — Monarquia limitada pelas ordens.

II — Monarquia absoluta.

III — Monarquia constitucional[19].

A transição da monarquia limitada para a monarquia absoluta prepara o Estado moderno. No absolutismo devemos distinguir duas fases: a em que prevalece o sentido tradicional da monarquia, até o século XVIII; e a que corresponde ao despotismo esclarecido da era pombalina, introduzindo em Portugal a exaltação do Estado centralizador e burocrático. Finalmente, as abstrações do liberalismo terminam a liquidação do direito histórico começada por Pombal.

Essas fases não correspondem às três dinastias, cuja ordem é a seguinte:

1.ª Dinastia (afonsina) — a partir de 1139 (Ourique): séculos XII, XIII e XIV.

2.ª Dinastia (Aviz) — depois de 1385 (Aljubarrota): séculos XIV, XV e XVI.

3.ª Dinastia (Bragança) — em seguida à restauração da independência em 1640: séculos XVII, XVIII e XIX.

As instituições tradicionais florescem até princípios da segunda dinastia, na qual se dá o pleno fortalecimento do poder real. Os Braganças fazem chegar o absolutismo ao seu auge, e depois de D. João atingem a terceira e última etapa.

---

19. Observa CABRAL DE MONCADA que no primeiro período prevalece o direito consuetudinário; no segundo, a legislação geral e escrita, que culmina com as Ordenações; enquanto no terceiro, o período liberal, aparecem as codificações. Assim a variação das fontes do direito acompanha paralelamente as vicissitudes do desenvolvimento do Estado (CABRAL DE MONCADA, op. cit., pág. 189, nota).

12. Quando a frota de Cabral chegou ao Brasil e daí a pouco teve início a colonização, a Realeza em Portugal, favorecida pelas circunstâncias do tempo, concentrava cada vez mais os poderes, sobrepondo-se às ordens sociais. Se o comércio de ultramar viera favorecer a centralização e o absolutismo, em escala ainda maior faria sentir as suas conseqüências com as riquezas do Brasil.

Tendo vigorado por pouco tempo o regime descentralizador e semifeudal das capitanias, a instituição do govêrno geral passou a refletir entre nós as condições políticas da Metrópole. A princípio, não importou na extinção das capitanias, mas sòmente em serem estas unificadas. Os capitães-mores permaneceram. As outras capitanias (sem capitães-donatários) foram entregues a capitães-generais, nomeados pela Coroa. Houve compra destas últimas, respeitada a doação inicial. Tais compras não se consumariam sob D. José I, ápice do absolutismo.

O domínio espanhol manteve a continuidade administrativa da obra que vinha sendo realizada pelos portuguêses. Posteriormente passava o Brasil à categoria de Reino unido ao de Portugal e Algarves, transferindo-se para o Rio de Janeiro a Metrópole, com a vinda de D. João VI. Durante a permanência do soberano no Rio, dava-se do outro lado do oceano o surto do constitucionalismo, com a revolta do Pôrto, seguida da convocação da Constituinte.

Após a volta de D. João VI, o regente D. Pedro, tendo-se feito Imperador, outorgava aos brasileiros a primeira carta constitucional. Embora infenso por temperamento ao novo regime, depois de ter abdicado a Coroa do Império tornava-se o dócil instrumento das fôrças implantadoras do liberalismo em Portugal, onde D. Miguel aparecia como o restaurador das liberdades populares. Évora-Monte vinha marcar a vitória do constitucionalismo liberal e com esta vitória selar definitivamente o fim da verdadeira tradição monárquica portuguêsa. Com D. Maria II a política dos marechais cavava fundo o abismo entre o trono e o povo,

pela primeira vez verdadeiramente alheado aos negócios do Reino. Era o primeiro passo para a República, nascida em outubro de 1910.

Sob a égide dessas mesmas idéias que desfiguravam a velha monarquia lusitana, o Brasil se constituía em Estado separado de Portugal. Deixava-se para trás o regime tradicional, aliás já deturpado pelo absolutismo. Em seu lugar iam ensaiar-se as instituições representativas de tipo parlamentarista. De Portugal os bacharéis brasileiros traziam a nova bagagem de idéias. E assim nos desviamos da nossa linha de formação histórica, fascinados pelo modêlo político da Inglaterra e recebendo forte influência dos doutrinários franceses.

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS SÉCULOS

1 — SENTIDO DA COLONIZAÇÃO PORTUGUÊSA. 2 — AS ORDENAÇÕES DO REINO E OUTRAS FONTES DO DIREITO. 3 — AS CAPITANIAS. 4 — O GOVÊRNO-GERAL. 5 — FORTALECIMENTO DO PODER E DESCENTRALIZAÇÃO. 6 — O GOVÊRNO DAS VILAS. 7 — FUNÇÕES DAS CÂMARAS. 8 — O MUNICIPALISMO BRASILEIRO. 9 — O MUNICÍPIO, CENTRO PROPULSOR DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA. 10 — ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. 11 — AUTONOMIA JUDICIÁRIA. 12 — PLASTICIDADE DO REGIME LUSÍADA.

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS SÉCULOS

1. O que desde logo fere a atenção do historiador, ao reconstituir a vida brasileira no seu primeiro século, é aquilo mesmo que Prescott observou com respeito à América espanhola: o govêrno da Metrópole considerava o seu domínio da América parte integrante do Reino.

É muito significativo o fato de terem sido sempre aplicadas no Brasil as mesmas leis de Portugal. As Ordenações do Reino aqui ficaram vigorando mesmo depois da separação política e ainda durante a República, até à promulgação do Código Civil. As cartas de doação das capitanias, os regimentos dos governadores, as cartas régias, alvarás e outros atos emanados de El-Rei ou de outras autoridades metropolitanas formavam o direito especial da colônia, uma complementação do direito comum a Portugal e ao Brasil. Não existia um estatuto colonial, que colocasse o Brasil em situação de inferioridade jurídica. Além disso, as instituições portuguêsas, transplantadas nos trópicos, eram de molde a suscitar entre nós o mesmo sistema de proteção aos direitos e o mesmo regime de liberdades comunais, que vinham sendo praticados no direito histórico lusitano de além-mar.

Teve, pois, a obra de colonização portuguêsa um sentido superior, realçado ainda mais pela finalidade missionária. Longe de entregar a exploração das novas terras descobertas a companhias de comércio, como faziam a Inglaterra e a Holanda, a Coroa de Portugal tomou a si mesma a tarefa de realizar aquela obra civilizadora de que resultou o nosso grande Império lusíada. Obra da Igreja e do Estado, cujos esforços

se conjugavam no espiritual e no temporal, desde as primeiras expedições que atravessavam o oceano, trazendo a Cruz nas asas das caravelas. Era verdadeiramente, na palavra do Poeta, a dilatação da Fé e do Império.

Os descobrimentos vinham sendo empreendidos sob o patrocínio da Ordem de Cristo, continuadora da tradição das Ordens militares medievais em Portugal. O Infante D. Henrique fôra seu Grão-Mestre, passando mais tarde êste cargo a ser exercido pelo próprio soberano. Em Bula de 24 de janeiro de 1506, o Papa Júlio II confirmava o Rei de Portugal, D. Manuel, que era também Grão-Mestre da Ordem, nos direitos reais sôbre as terras do Brasil oriundas da demarcação estabelecida pelo Tratado de Tordesilhas. Esta Bula pontifícia era o primeiro ato legislativo colimando especialmente o Brasil, tendo sido ratificada pelo Papa Leão X em 1514.

Ao primeiro Governador-Geral do Brasil, recomendava D. João III: "O principal fito por que se manda povoar o Brasil é a redução do gentio à Fé católica. Êste assunto deve o Governador praticá-lo muito com os demais capitães. Cumpre que os gentios sejam bem tratados, e que no caso de se lhes fazer dano e moléstia, se lhes dê tôda a reparação, castigando os delinqüentes".

Destoando dêsses têrmos do Regimento dado a Tomé de Sousa, as tentativas para escravizar o silvícola, contra as quais se levantaram os missionários, aparecem aos olhos do historiador como sombras que se projetam num quadro luminoso. O mesmo se poderia dizer das exigências fiscais da Coroa, em época posterior, isto é, na fase da mineração, quando o dinamismo do Estado centralizador, sob a monarquia absoluta, vinha dar um golpe sensível no regime autárquico da colônia.

De um modo geral, é incontestável que, não obstante a cupidez de alguns homens vindos de além-mar, o objetivo mercantilista estava longe de constituir o móvel principal da obra levada a efeito pelos portuguêses na América. Muito diverso processo acompanhava a formação dos impérios co-

loniais, quando as potências do norte da Europa já começavam a ser dominadas pelo espírito capitalista.

Êste contraste, como bem o demonstraram Werner Sombart, Max Weber e outros, se prende à influência do protestantismo, fornecendo naqueles outros países o clima propício para a formação do capitalismo, enquanto Portugal e Espanha, não atingidos pelo movimento protestante, mantinham a unidade católica em seus vastos impérios.

Outra particularidade a notar, na colonização portuguêsa, é a alta capacidade de assimilação desde os primeiros momentos manifestada pelos seus empreendedores. A assimilação moral e religiosa estava na conversão dos gentios. A assimilação social e jurídica decorria de um sistema comum de leis e instituições. E, enquanto ao norte do continente eram eliminados os nativos peles-vermelhas, Portugal realizava no Brasil a fusão das raças, assegurando de tal forma a assimilação ética.

Quando D. João VI, vindo para o Rio de Janeiro, se torna, no dizer de Oliveira Lima, o fundador da nacionalidade brasileira, não faz mais do que rematar a obra dos seus predecessores. As bases estavam assentes desde o primeiro século.

Restringindo-se o significado de "colônia" ao cultivo material, numa condição de inferioridade jurídica para as gentes submetidas, condição essa institucionalizada no respectivo estatuto — podemos dizer que o Brasil jamais foi colônia de Portugal [1]. Tarefa superior de cultura — segundo a procedência etimológica da palavra "colônia" (de *colo, colere*, cultivar) — foi a realizada pelos portuguêses, tarefa missionária e civilizadora de um povo que nunca soube ser mercantilista.

1. A *História da Colonização Portuguêsa do Brasil* (edição monumental comemorativa do primeiro centenário da independência do Brasil, Pôrto, 1921) abre-se com aquela saudação de GUERRA JUNQUEIRO, no decurso da qual afirma o Autor: "O Brasil não chegou a ser uma colônia". Vale, sem dúvida, para o Brasil a tese sustentada com brilhantismo a respeito da América espanhola por RICARDO LEVENE: *Las Indias no eran colonias*. Aprovando uma proposta do eminente historiador argentino, a Academia Nacional de

2. Estudar a legislação que vigorou no Brasil nos primeiros séculos, é antes de mais nada estudar a legislação de Portugal.

Já fôra ultrapassada a fase de nítido predomínio do direito costumeiro. Desde D. Afonso V estavam em vigor as Ordenações, aliás mandadas elaborar por D. João I, atendendo à solicitação das Côrtes, que propunham a reforma e compilação das leis. As *Ordenações Afonsinas,* concluídas e publicadas em 1446, último ano da menoridade daquele monarca, tinham vindo à luz sob a regência do Infante D. Pedro, o autor do *Livro da Virtuosa Bemfeitoria,* cujas páginas nos transmitiram o reflexo da concepção dominante sôbre o sentido e funções da Realeza. Segundo pensam alguns autores, a idéia primitiva desta codificação teria vindo de João das Regras. O corregedor da Côrte, Dr. João Mendes, foi encarregado de realizá-la, e por sua morte, no reinado de D. Duarte, foi substituído pelo conselheiro do Rei, Dr. Rui Fernandes, tendo sido ainda chamados, para a obra da revisão, Lopo Vasques, corregedor da cidade de Lisboa, e os Desembargadores Luís Martins e Fernão Rodrigues. Nesta compilação reuniram-se as leis gerais promulgadas desde D. Afonso II; as resoluções das Côrtes celebradas desde D. Afonso IV; as concórdias ou concordatas estabelecidas com as autoridades eclesiásticas; usos e costumes; normas do direito foraleiro escrito; dispositivos da lei castelhana das Sete Partidas; e finalmente títulos inteiros extraídos do Direito Romano e do Canônico, duas fontes importantíssimas das Ordenações que, além dessas transcrições, lhes fazem freqüentes referências por todo o corpo da obra.

História de Buenos-Aires, em sessão de 2 de outubro de 1948, recomendou substituir-se a expressão "colonial" dada a um período da história da Argentina por "período espanhol". As *Leyes de Indias* jamais usaram, para designar os domínios espanhóis na América, o têrmo "colônia", mas sim Províncias, Reinos, Senhorios, Repúblicas ou territórios de Ilhas e Terra Firme, sendo que desde 1500 existia uma lei declarando iguais não só espanhóis europeus e espanhóis americanos, mas ainda espanhóis e índios. No seu império prossegue Portugal a sábia política de outrora com as atuais Províncias de ultramar.

Em sua divisão, ficou compreendendo cinco livros, dos quais o primeiro com os regimentos de todos os magistrados; o segundo, com as leis relativas à jurisdição, pessoas e bens da Igreja, jurisdição e privilégio dos donatários, direitos reais e sua arrecadação, situação jurídica dos judeus e mouros; o terceiro, regulando a forma do processo civil; o quarto, abrangendo uma parte do Direito Civil no concernente à aquisição, conservação e transmissão da propriedade, alguns contratos e outras matérias tratadas de maneira incompleta, donde viria a necessidadê de recorrer contìnuamente ao Direito Romano; e finalmente o quinto, contendo as leis penais e as do processo criminal.

Quando D. Manuel I subiu ao trono, encontrou muitas leis procedentes do seu imediato predecessor, a alterarem os dispositivos das Ordenações, e êle mesmo fêz promulgar novas leis, incumbindo por fim a Rui Boto, Rui de Grã e João Cotrim de reformarem o Código Afonsino. As *Ordenações Manuelinas* mantiveram a mesma estrutura das anteriores, vigorando durante cêrca de noventa anos, isto é, até o domínio espanhol.

Foi quando vieram as últimas Ordenações, sendo que as Manuelinas já então se achavam alteradas por leis posteriores, das quais o Desembargador Duarte Nunes de Leão fizera uma compilação, por ordem do Cardeal-regente D. Henrique, mandada observar no reinado de D. Sebastião, donde o ter recebido a denominação de *Código Sebastiânico.*

As *Ordenações Filipinas,* iniciadas sob Filipe II de Espanha e terminadas sob seu sucessor, que as fêz publicar em janeiro de 1603, seguiram as precedentes no método e disposição das matérias, com o acréscimo das leis posteriores e alterações vindas de outras fontes. Desta obra foram encarregados primeiramente os Desembargadores do Paço, Paulo Afonso e Pedro Barbosa, colaborando também os jurisconsultos Damião de Aguiar e Jorge Cabedo. Ao juízo severo de Melo Freire e Coelho da Rocha, opuseram Cândido Mendes e Coelho Sampaio encomiosas apreciações dêsse documen-

to legislativo, dizendo o último que o cerne de suas disposições "é todo de eqüidade e nêle se acha o que o Direito Romano, entendido segundo a Glosa, tem de melhor" [2].

Suas fontes foram em substância as Ordenações Manuelinas — modificadas principalmente no Livro 2.º — e as Afonsinas. E ainda a coleção sebastiânica, leis gerais, forais, costumes, decisões das Côrtes, assentos da Casa de Suplicação, o Direito Canônico, o Direito Romano, o *Fuero Juzgo* (Código Visigótico) e as *Siete Partidas* [3].

Por mais de dois séculos regeram a Nação Portuguêsa, tendo aplicação no Brasil durante todo o Império e parte da República. Juntamente com as leis posteriores promulgadas pelos Felipes, foram revalidadas por D. João IV. Leis novas, decretos e provisões, que se seguiram a êste monarca, foram depois coligidos e acomodados aos livros e títulos das Ordenações na edição chamada Vicentina, a cargo dos religiosos de São Vicente de Fora [4].

Leis avulsas completavam as Ordenações, e por não terem sido incluídas na compilação eram chamadas *leis extravagantes*. Cartas de lei, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções, provisões, regimentos, estatutos, instruções, avisos e portarias eram outras tantas fontes de direito, além dos usos e costumes, o Direito Romano e o Canônico. De notar os Assentos da Casa de Suplicação, que tinham fôrça obri-

2. CÂNDIDO MENDES, *Código Philippino*, Introd., págs. XX-XXI.

3. CÂNDIDO MENDES, op. cit., pág. XXV. O alvará de 5 de junho de 1595, que mandava reformar as Ordenações, não traz o nome dos juristas que deveriam empreender a obra. Por Melo Freire, apoiado em outros documentos, sabemos terem sido êles os Desembargadores do Paço Paulo Afonso e Pedro Barbosa, e mais os jurisconsultos Damião de Aguiar e Jorge Cabedo, êste último Chanceler-mor do Reino, autor de erratas publicadas mais tarde e considerado o principal compilador por CÂNDIDO MENDES, que acrescenta os nomes dos "revisores oficiais" Melchor do Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique de Sousa.

4. A 1.ª edição das Ordenações a cargo do Mosteiro de S. Vicente de Fora, por mercê de Filipe II, data de 1603. A que mais geralmente se conhece com o nome de Vicentina é a 5.ª e última (1747 e 1748), "mandada fazer com todo o luxo e magnificência por El-Rey D. João V" (INNOCENCIO, *Diccionario Bibliographico*). Quanto à lei de confirmação das Ordenações, data de janeiro de 1643.

gatória, mercê de disposição das Ordenações, concedendo àquele tribunal atribuição pela qual dirimia dúvidas sôbre o sentido de uma lei, sendo a interpretação escrita no livro de Assentos. No fim do Livro 1.º das Ordenações Filipinas, encontrava-se o novo regimento do Desembargo do Paço, tribunal com jurisdição para expedir graças, privilégios e liberdades impetrados do soberano. Ainda durante o domínio espanhol, foi dado regimento à Casa de Suplicação, levando em conta as modificações relativas a êste tribunal superior, tendo sido também discriminadas as funções do Conselho das Índias e da Mesa da Consciência e Ordens, funções determinadas nos respectivos regimentos [5].

Ao direito comum de Portugal, aplicável no Brasil, deve acrescentar-se o direito especial da colônia, entre cujas fontes sobrelevam as cartas de doação, os forais e os regimentos dos governadores.

3. O primeiro sistema político-administrativo introduzido no Brasil era o que já se aplicara na Madeira e nos Açôres, comparado por alguns historiadores ao regime feudal. Não obstante algumas analogias, o feudalismo europeu apresenta característicos inconfundíveis que impedem um paralelo perfeito com o regime português das capitanias hereditárias.

Na síntese de Max Fleiuss, "a terra dividida em senhorios dentro do senhorio do Estado, — eis o esbôço geral do

---

5. Instituída por D. João III em 1532, a *Mesa da Consciência* tinha autoridade para consultar o Rei nos casos em que fôsse necessário recorrer à consciência do soberano. A partir de 1551 passou a denominar-se *Mesa da Consciência e Ordens*, pois desde então exercia jurisdição sôbre o provimento dos benefícios das Ordens, a administração e arrecadação das comendas, etc. Era um tribunal administrativo, como mais tarde o Conselho das Índias, para os negócios de ultramar, disciplinado pelo regimento de 26 de julho de 1604. Para resolver conflitos de jurisdição entre ambos, além do alvará de 2 de janeiro de 1606, foram dados novos regimentos à Mesa da Consciência e Ordens. O Conselho das Índias foi extinto em 1614 e restabelecido em 1642 com o nome de Conselho Ultramarino, passando-se-lhe então muitas atribuições não só da Mesa da Consciência e Ordens, mas ainda do Conselho da Fazenda e do Desembargo do Paço.

sistema administrativo na primeira fase da nossa História" [6]. As capitanias, como pondera o Prof. Waldemar Ferreira, eram entidades autárquicas territoriais [7].

Força a interpretação da história quem nesse sistema quer ver a origem do nosso federalismo. A Federação supõe uma convenção ou aliança (*foedus*), pela qual várias unidades, conservando uma larga margem de autonomia, assumem obrigações recíprocas e se sujeitam a um govêrno central. Isto não se verificou no caso das capitanias brasileiras. Nem quanto à origem do sistema, nem quanto à sua forma se justifica o paralelo com o Estado federal. Mais uma vez podemos concluir, com o Prof. Waldemar Ferreira: "Inexistindo, como inexistiam, laços de coesão governamental entre as capitanias ou compromisso, senão mesmo obrigação de recìprocamente se defenderem de agressões externas e de rebeliões internas, não se deparam nelas os germes do federalismo" [8]. E ainda: "Pode-se, por certo, fazer a apologia do senso objetivo dos velhos estadistas portuguêses do tempo, no transplantar para a colônia brasileira o regime que haviam adotado, com relativo sucesso, nas suas pequeninas ilhas atlânticas; pode-se, em verdade, admirar o conhecimento que êles revelaram, da costa marítima, que mediram, demarcaram, distribuíram e partilharam. Não se há de, porém, contrariando os fatos, ver nessa dádiva de terras a alguns homens para que delas se apossassem e nelas se instalassem, a fim de, à sua custa, colonizá-las e povoá-las, o lançamento da semente do federalismo" [9].

4. Quando, pela circunstância da morte trágica de Francisco Pereira Coutinho, donatário da capitania da Bahia

---

6. MAX FLEIUSS, *História Administrativa do Brasil*, Companhia Melhoramentos de São Paulo, 2.ª ed., pág. 10.

7. WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, t. I, Livraria Freitas Bastos S.A., pág. 65.

8. WALDEMAR FERREIRA, op. cit., I, pág. 154.

9. WALDEMAR FERREIRA, op. cit., I, pág. 155.

de Todos os Santos, reverteu esta para o domínio da Coroa, terminou a primeira fase da colonização, sendo instalado o Govêrno-Geral. Outras capitanias foram tendo o mesmo destino ou por abandono, ou por morte dos donatários sem herdeiros, ou por confisco, e mesmo por compra.

O breve ensaio de 14 anos, — quanto durou o sistema de capitanias — não fizera mais do que preludiar a obra da colonização, que se estruturava definitivamente com a vinda de Tomé de Sousa.

Continuavam a existir as capitanias, subordinadas ao govêrno central, com sede em Salvador. Em época posterior fazia-se a divisão entre o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão, êste último criado pela Carta Régia de 13 de junho de 1621, unidade político-administrativa sem dependência do govêrno da Bahia até 1774.

O Regimento dado a Tomé de Sousa em 1548 estabelecia as bases do sistema do Govêrno-Geral, durando até 1677, quando ao Governador Roque da Costa Barreto era dado novo regimento. Por êste último, pelo Regimento do Estado do Maranhão de 1621, pelas Ordenações do Reino nos casos expressamente regulados e ainda pelas chamadas leis extravagantes, regeu-se a nossa ordem político-civil-administrativa até 1763, ano em que foi expedido novo regimento aos vice-reis do Brasil. A D. Jorge Mascarenhas, Marquês de Montalvão, ainda sob o domínio espanhol, era concedido pela primeira vez o título de Vice-Rei. Finalmente, com a transferência da Côrte para o Rio de Janeiro, o Brasil vinha a ser plenamente equiparado ao Reino Unido de Portugal e Algarves.

Além dos regimentos gerais, dados aos governadores, deve-se ter presentes os regimentos dos provedores e ouvidores. Tomé de Sousa, primeiro Governador-geral, trazia ao seu lado um Provedor-mor, encarregado dos negócios da Fazenda, e um Ouvidor-geral, para a Justiça.

Dos regimentos gerais escreve João Francisco Lisboa: "No complexo das disposições conteúdas nesses diversos do-

cumentos notam-se ao mesmo tempo duas tendências constantes, mas opostas entre si, já para alargar o poder dos governadores, já para o restringir, e precaver os abusos a que a extensão dêle, unida às dificuldades da repressão, incessantemente os estimulava" [10].

Além das autoridades locais, já mencionadas, a vida político-administrativa tinha a orientá-la os órgãos metropolitanos superiores, a saber: Conselho da Índia (depois Conselho Ultramarino), Conselho do Estado, Conselho da Fazenda, Casa da Suplicação (ou Supremo Tribunal do Tempo) e Mesa da Consciência e Ordens (para os negócios de ausentes, interditos, cativos e defuntos, bem como questões atinentes aos membros das Ordens militares).

5. A maneira de apresentar a história dos nossos primeiros séculos pode sugerir a seguinte visão retrospectiva: teríamos tido a princípio a descentralização, com base nas capitanias, numa espécie de antecipação do regime federal mais tarde pôsto em prática pela República, e, em seguida, a centralização unitária, decorrente da instituição do Govêrno-Geral e continuada, após 1822, pelo Império.

Visão simplista que não corresponde à realidade histórica. Já vimos que não se deve procurar no sistema das capitanias o indício da pretensa vocação brasileira para o federalismo. E não se deve tão pouco enxergar no sistema vigente durante a maior fase da colônia aquêle mesmo unitarismo que a Constituição de 1824 implantou sob o efeito das ideologias políticas dominantes.

Estabeleceu-se o Govêrno-Geral para atender à necessidade de um poder central forte, capaz de assegurar a integridade do domínio português na América em face das condições difíceis do tempo. Mas essa alteração não veio acarretar uma centralização excessiva ou o sufocamento do regime autárquico instituído desde os primeiros tempos. Para bem o

---

10. *Apud* MARTINS JÚNIOR, *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro, 1895, pág. 189.

compreendermos, devemo-nos lembrar que as capitanias eram divisões territoriais, ou como diz o Prof. Waldemar Ferreira "autarquias territoriais", obedecendo aliás a um traçado que se delineara aprioristicamente e sem exato conhecimento do território imenso a povoar. Aquela divisão seguindo cinqüenta léguas de costa, compreendendo as terras do interior, pouco significava como expressão da vida social e política que se iniciava. Esta se concentrava tôda em tôrno de uma outra unidade, fator real de descentralização: a autarquia municipal.

6. Antes mesmo que o regime das capitanias se tivesse instaurado, Martim Afonso de Sousa era incumbido de uma grande expedição às terras descobertas, vindo para o Brasil como portador de três cartas régias datadas de 20 de novembro de 1530, numa das quais era designado capitão-mor da armada e também de tôdas as terras que achasse e descobrisse, com alçada no crime e no cível, e amplos poderes, incluindo o de levantar padrões de vila. Sabemos que, usando dêstes poderes, fundou São Vicente, a *cellula mater* da nacionalidade. Escolheu o lugar da projetada cidade, demarcou-o, arruou o terreno, distribuiu-o em lotes, fêz erguer os primeiros edifícios, levantou um forte, a igreja, a casa da Câmara, a cadeia e a alfândega. Da importância dêsse núcleo primitivo dão-nos provas não só a atividade dos portuguêses iniciando a agricultura, mas ainda a sua capacidade técnica na arte de navegação, demonstrada no estaleiro que ali montaram.

Ora, Martim Afonso não fundou apenas a *urbs*. Desde o primeiro instante, lançou os fundamentos da *civitas*: nomeou oficiais para a administração da justiça e convocou os *homens bons* para a eleição dos vereadores. Transpunha-se assim para o Brasil a instituição municipal portuguêsa. Aplicavam-se os dispositivos a respeito contidos nas Ordenações. Tinha início o govêrno autônomo das vilas e se esboçava o sistema representativo.

Quando em 1534 se estabeleceu o regime das capitanias, nem por isso êsse primeiro bosquejo de organização comunal sofreu alteração. Antes foi confirmada a política de Martim Afonso, com os dispositivos exarados na carta de doação pela qual se tornou donatário da Capitania de São Vicente. E aquela primeira organização servia de modêlo para outras, que noutras capitanias se levantavam, reproduzindo aliás o modêlo mais distanciado dos municípios de Santarém, Ávila e Salamanca, tradicionalmente apresentados como exemplares da organização municipal de além-mar.

O govêrno local das vilas, no Brasil, com suas câmaras municipais, exercendo funções administrativas e judiciárias, com os juízes e vereadores que aí tinham assento, eleitos pelos *homens bons*, com os auxiliares da justiça e da administração, entre os quais aquela curiosa figura dos almotacés, a lembrarem os "comandos sanitários" de hoje, correspondia na América portuguêsa a instituições semelhantes existentes na América espanhola, onde as populações locais tinham no *cabildo* aberto ou fechado o amparo dos seus interêsses e a garantia das suas liberdades.

7. Como nota com precisão Geraldo Moreira, a autonomia municipal compreende não só "o pleno exercício de eleger os governantes locais", mas também "a ampla liberdade na organização dos seus serviços e nos seus atos de administração" [11].

Concorriam êstes dois fatôres no regime municipal da colônia. Na observação de Max Fleiuss, "às Câmaras de então competiam funções muito mais amplas que às atuais municipalidades". Em síntese: "Além das atribuições atinentes pròpriamente ao município, exerciam encargos privativos do ministério público, denunciando crimes e contravenções, fazendo polícia rural e higiene pública; auxiliavam os *alcaides* no policiamento da terra; elegiam em grande parte

---

11. GERALDO CAMPOS MOREIRA, *O Municipalismo,* in *Revista da Administração,* ano I, n.º 1, março de 1947, pág. 89.

os funcionários da administração geral, como os *almotacés,* com assistência do alcaide-mor, os quatro recebedores das sisas, os depositários judiciais, o de cofre de órfãos, o da décima, os avaliadores dos bens penhorados, o escrivão das armas, os quadrilheiros ou guardas-policiais do têrmo, etc. Nomeavam representantes seus, procuradores perante as Côrtes, influindo assim na alta política do Estado; e organizavam, de conformidade com os juízes e *homens bons* da terra, as posturas municipais" [12].

Quanto aos vereadores, entre outras incumbências, cuidavam da administração geral do município; despachavam com os juízes, sem apelação, os feitos de injúrias verbais e pequenos furtos; tomavam contas aos procuradores e tesoureiros; exerciam jurisdição sôbre caminhos, chafarizes, fontes, pontes ou calçadas; taxavam oficiais mecânicos, jornaleiros, mancebos e môças de soldada, tudo o que se comprava e vendia, à exceção de pão, vinho e azeite; proviam posturas. Note-se que o cargo de vereador era obrigatório, só admitindo as mesmas escusas da tutela. A reeleição imediata era proibida, podendo dar-se três anos depois de terminado o mandato. E os bens particulares dos que fôssem escolhidos ficavam hipotecados em garantia durante o tempo do exercício da vereança.

As Câmaras do Brasil viveram a princípio sob o regime das Ordenações Manuelinas, as quais reproduziam, em matéria de organização municipal, os dispositivos anteriores, das Afonsinas. Quando, reinando Filipe II, foi feita a reforma daquelas Ordenações, algumas importantes modificações se introduziram no tocante à organização das Câmaras e seu

12. MAX FLEIUSS, op. cit., pág. 35. Quanto à representação nas Côrtes, tem-se conhecimento de alguns casos, embora não chegasse a ser prática generalizada. Informa Cortines Laxe, no *Regimento das Câmaras Municipais,* Introdução, n.º 3, que fizeram uso do direito de nomear procuradores às Côrtes a Câmara do Rio de Janeiro, em 1641, e a de S. Luís do Maranhão, em 1685. Veja-se CARVALHO MOURÃO, *Os Municípios. Sua importância política no Brasil-Colonial e no Brasil-Reino. Situação em que ficaram no Brasil-Império,* etc. Tese apresentada ao I Congresso de História Nacional, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico,* Tomo especial, parte III, pág. 309.

modo de eleição. Reduziram-se as funções judiciárias, acentuando-se o caráter administrativo dos corpos de vereança. Tal regime durou até a lei de 1.º de outubro de 1828.

8. Entre as instituições lusas aclimatadas no meio ambiente brasileiro, não podia deixar de figurar o município. A Monarquia portuguêsa tivera sempre um cunho popular. Nos primeiros tempos, as populações das cidades recebiam privilégios dos Reis como recompensa dos auxílios prestados na luta contra os mouros. Mais tarde, para essas mesmas populações concelhias tornava a apelar o Rei ao enfrentar a Nobreza e o Clero. As liberdades ou franquias municipais não custavam o preço do sangue, como noutros países, mas eram o fruto da aliança entre o Rei e as comunas. No Brasil não havia mouros a combater, nem contas a ajustar entre o soberano e as classes aristocráticas. O municipalismo surgia como conseqüência natural do particularismo geográfico dispersivo, e em continuidade com a tradição dos concelhos portuguêses. Os dispositivos a respeito, contidos nas Ordenações do Reino, vigoravam para reger as incipientes comunas brasileiras.

Ao fundar uma vila, fazendo levantar o pelourinho, nomeando os primeiros funcionários, convocando os homens bons do lugar, os capitães-donatários procuravam atender a necessidades do momento. Guiava-os o empirismo das tradições que conheciam e das condições novas a que se iam acomodando. Não vinham com idéias preconcebidas. Não estavam aferrados a categorias jurídicas. Não se inspiravam em motivos ideológicos. Nem mesmo planos perfeitamente delineados traziam. Eram sobretudo homens práticos.

Divergem os historiadores no apreciar o desenvolvimento das instituições municipais plantadas pelos lusitanos em terras brasílicas. Observações restritas a uma determinada região ou a alguns municípios têm por vêzes levado os estudiosos do assunto a concluir unilateralmente, afirmando, com João Francisco Lisboa, a onipotência das câmaras, ou ne-

gando o alcance do princípio da autonomia municipal na fase da colonização.

Compulsemos os documentos, e havemos de ver que aquelas instituições floresceram nos principais núcleos da vida colonial. Era o sistema normalmente pôsto em prática, no tempo das capitanias, do Govêrno-Geral, do Vice-Reinado. Houve, porém, obstáculos à sua expansão e dificuldades que lhe impediram o desenvolvimento. A administração da zona aurífera, por exemplo, ou do distrito diamantino não se coadunava com o princípio da autonomia. As liberdades locais seriam também sacrificadas pela tendência centralizadora do século XVIII, quando a política pombalina aplicava na Metrópole os preceitos do despotismo esclarecido. Desviava-se a Realeza do sentido popular de outrora, e esta tendência não podia deixar de se refletir na administração dos domínios ultramarinos.

É certo, como Oliveira Viana mostrou em *Populações Meridionais do Brasil*, que os nossos municípios jamais chegaram a alcançar a pujança das comunas européias. Formaram-se estas pelo agrupamento espontâneo dos vizinhos, já tinham uma organização social e mesmo política ao defrontarem o poder do rei ou do senhor feudal, ganharam consistência graças à densidade das populações. No Brasil tudo era diferente. As cidades eram fundadas pelos representantes do poder central, que lhes concediam os privilégios e muitas vêzes traziam antecipadamente a carta de direitos. Assim procederam os capitães portuguêses e os bandeirantes paulistas, povoadores de novas cidades e vilas. Os casos de formação espontânea, como Parati e Campos, são excepcionais. Por outro lado, as condições do nosso meio não favoreciam a solidariedade comunal, surgida em Portugal e na França entre os pequenos lavradores habitantes das cidades, ou na Inglaterra e nos Estados-Unidos entre os pequenos proprietários urbanos. O que se tornaria logo entre nós um elemento decisivo na organização social e política era o latifúndio agrário, num regime de disseminação demográ-

fica, dando origem ao clã rural constituído em tôrno do fazendeiro ou do senhor do engenho.

Isso não quer dizer que não existisse entre nós vida municipal. Outra é a conclusão a ser daí depreendida — e assim a podemos formular: *o municipalismo brasileiro teve um cunho predominantemente aristocrático.* Não se praticava o sufrágio universal: eleitores eram os "homens bons", isto é, a elite local constituída por fidalgos portuguêses e seus descendentes, oficiais das tropas, funcionários civis, proprietários rurais, comerciantes de posses. Em São Paulo de Piratininga, cujos sentimentos de autonomia foram sempre tão intensos, formava-se uma nobreza oriunda do merecimento pessoal, fundando-se a nobilitação nos grandes feitos guerreiros e não na riqueza. Particularidades curiosas, para quem quiser traçar a história do municipalismo no Brasil, oferece o primitivo burgo de Nóbrega e Anchieta, em seu posterior desenvolvimento. O episódio de Amador Bueno mostra até que ponto herdavam os nossos munícipes o sentimento de fidelidade ao Trono, tão característico das populações concelhias em Portugal. E tôda a expansão bandeirante, que é senão obra de formação municipalista? Não se tratava de um movimento nacional, nem mesmo regional. As expedições eram organizadas pelos homens das cidades.

9. Ficaram os portuguêses, na linguagem pitoresca de Frei Vicente do Salvador, "arranhando a costa como caranguejos", até que mais tarde a expansão bandeirante levou à dilatação das nossas fronteiras. Assim é que as primeiras vilas se localizam no litoral: São Vicente, Olinda, São Salvador, São Luís do Maranhão. Na Capitania de São Vicente, já se encontram, porém, no interior Santo André da Borda do Campo e São Paulo de Piratininga.

O verdadeiro quadro do Brasil, nos primórdios de sua organização político-administrativa, nos é dado pelo govêrno das vilas. Em tôrno das primeiras cidades desenvolve-se a vida social e a economia. Olinda e Recife representam cen-

tros de expansão do ciclo econômico da cana-de-açúcar, enquanto, na capitania de São Vicente, São Paulo, Taubaté, Itu e outras cidades constituem os núcleos do bandeirismo e se tornam pontos de partida de um novo ciclo das atividades econômicas.

No plano político, tanto como no econômico, destaca-se o município, centro autêntico dos interêsses do tempo. A capitania tem um significado muito menor, por vêzes nulo. Como ensina Waldemar Ferreira, "o govêrno das capitanias se contraía no das vilas. Contribuiu para isso o estado rudimentar do país, em que tudo estava por plantar e por fazer. Os capitães e governadores eram muitíssimo mais alcaides-mores das vilas do que da própria capitania... A realidade era, portanto, o govêrno das vilas" [13].

Nota Rocha Pombo que muitas das atribuições que se arrogavam as Câmaras eram da competência expressa dos Governadores, não cessando a Metrópole de expedir ordens no sentido de contê-las nos limites da respectiva jurisdição. É certo que algumas vêzes os Governadores se sobrepunham às Câmaras, mas só na Bahia e no Rio essa preeminência foi completa, como observa o mesmo historiador, assim concluindo: "nas capitanias do Estado do Maranhão, nas da repartição do sul e Estado do Brasil, e em tôdas as capitanias subalternas, o senado da Câmara chegou a assumir funções políticas, e tão extensas que a ação dos Governadores se tornaria difícil, e em muitos casos impossível, sem o acôrdo e o concurso de semelhante poder. Os Governadores preferiam às vêzes abdicar da própria autoridade, e condescender com os abusos, a entrar em luta com o senado" [14].

10. As liberdades comunais provam à evidência que o Brasil, longe de ter sido simples colônia em estado de servidão constitucional, foi logo integrado no Império cons-

13. Waldemar Ferreira, op. cit., pág. 92.

14. Rocha Pombo, *História do Brasil*, W. M. Jackson Inc., 1947, vol. II, pág. 139.

truído pelos portuguêses, fruindo dos benefícios assegurados aos seus habitantes de além-mar. Outro argumento para demonstrar a tese está na administração da Justiça.

Já nos referimos aos juízes de eleição popular, com assento na Câmara. Nas aldeias menores havia o juiz de vintena, assim chamado por existir nos lugares de mais de vinte famílias residenciais, parecendo ter sido êste o mesmo que o juíz pedâneo, que já encontramos na fundação de São Vicente. Era uma espécie de juiz de paz, variando sua alçada entre 100 e 400 réis. Decidia as pequenas questões verbalmente, sem apelação nem agravo, e podia prender em flagrante os malfeitores.

Aos juízes ordinários, acrescentou-se o Juiz de fora, que devia ser "letrado e entendido", isto é, formado em direito, exigência não feita para os primeiros. De nomeação do Rei, era o verdadeiro chefe da justiça e da administração no seu têrmo, cabendo-lhe substituir o Ouvidor da comarca na ausência ou impedimento dêste. Devia trazer a vara branca, enquanto ao juiz eleito cabia a vara vermelha. Nota, entretanto, Cândido Mendes que êstes costumes de além-mar não foram mantidos entre nós. Os nossos juízes, em lugar da vara, como insígnia da magistratura, começaram a usar uma pequena meia-lua de vime enrolada em pano branco, na borla da casaca.

Posteriormente foi ainda instituído o juizado de órfãos, com funções mais extensas que as exercidas pelos juízes orfanológicos de hoje. O juiz apartado de órfãos tinha a seu cargo uma tarefa de assistência social muito ampla. Não agia só quando provocado, mas devia saber qual o número de órfãos do lugar, organizar a devida lista, saber se tinham bens ou não, idade, filiação e respectivos tutôres, provendo eficazmente à manutenção e trato dos mesmos órfãos.

Quanto ao Ouvidor, já o vemos no regime das capitanias, nomeado por cada donatário, tendo a sua competência privativa ou a jurisdição conjunta com o Capitão-mor estatuídos nos regimes dos respectivos cargos. Ao lado do primeiro Governador-Geral está o Ouvidor-Geral, vendo neste J. F.

Lisboa o primeiro indício de uma constante que se tornou depois mais perfeitamente assegurada na história do nosso direito: a independência da magistratura.

É preciso levar em conta as circunstâncias da época e a inexistência do princípio da separação de poderes para compreender o quanto já significava na vida jurídica brasileira a instituição dêstes órgãos da Justiça.

11. Se no concernente ao govêrno das vilas, as Câmaras nos manifestam a vitalidade do princípio da autonomia, chegando até a prender Governadores, igualmente no que diz respeito à Justiça, os Ouvidores se mostram altivos em face das pretensões do poder central ou do govêrno das capitanias. Cioso de suas prerrogativas, o Ouvidor não admite que o Governador venha a influir em suas decisões. Lembremos o caso do Ouvidor do Sêrro, que chegou a se exceder no uso de seus poderes, ocasionando uma queixa do Governador ao Rei de Portugal. A resposta foi bem significativa, determinando Sua Majestade que não se criassem embaraços ao magistrado, por ser preferível o abuso dos juízes ao risco de fazê-los perder a independência no exercício de suas funções. Por sua vez, no escandaloso conflito entre o Governador Francisco Xavier de Mendonça Furtado e o Ouvidor-Geral Manuel Luís Pereira de Melo, consegue êste fazer prevalecer as suas descabidas exigências, opondo-se a uma viagem do Governador ao norte e à sua substituição pelo sargento-mor, que lhe era desafeto. Casos extremos que servem para mostrar até que ponto o Ouvidor levava as suas prerrogativas.

Além dêsses órgãos singulares da magistratura, teve desde logo o Brasil os seus tribunais: a Relação da Bahia, criada em 1609, suprimida em 1626 mas restabelecida em 1652, e a partir de 1751 a Relação do Rio de Janeiro.

Finalmente, como tribunal de última instância, estava em Lisboa a Casa da Suplicação, que se transferia para o Rio de Janeiro, com a vinda de D. João VI. Ao regressar a Portugal, o soberano, que nos favorecera com tantas libera-

lidades, aqui deixava êsse tribunal, assegurando-nos assim a plena autonomia judiciária antes mesmo da separação política.

12. Louva Oliveira Viana o descortino dos velhos estadistas coloniais, não sem apontar naquela organização político-administrativa "muita trasladação injustificada de órgãos e peças do velho mecanismo do govêrno da Metrópole para o novo meio americano. Há instituições sem razão de ser aqui, há aparelhos que não podem funcionar regularmente, pela discordância entre a sua finalidade e as condições específicas da nova sociedade a organizar; há peças do mecanismo administrativo, que ao invés de regular e normalizar a marcha do núcleo a que se ajustam, a retardam, a embaraçam ou a desviam; outras funcionam como fatôres de irritabilidade e dissociação dos pequenos organismos em formação; outras os comprimem em demasia e os asfixiam, e são causas, ora de destruição de centros vivazes de vida colonial, ora de um estado permanente de instabilidade e desordem, que se faz o germe de futuras e perigosas agitações. No meio dêsses desacertos, há, porém, grandes acertos, um superior espírito de objetividade, um admirável senso das nossas realidades, um conhecimento profundo e meticuloso da nova terra e da gente que a conquista, a desbrava e a povoa" [15].

Foi êsse senso de objetividade que levou os estadistas lusos a abandonarem a exclusividade do regime das capitanias, tal como o haviam ensaiado antes nas ilhas do Atlântico, uma vez devidamente verificadas as condições tão diversas do Brasil. Manifesta-se ainda êsse espírito prático, e o conhecimento do meio ambiente, na adaptação das instituições ou na criação de peças novas para o aparelhamento governamental, segundo o exigiam as circunstâncias. A extensão territorial, a variedade dos regimes de economias e

15. Oliveira Viana, *Evolução do Povo Brasileiro*, 2.ª ed., Companhia Editôra Nacional, págs. 199-200.

outras razões imperiosas davam margem a uma organização complexa, na qual não se nota aquêle espírito de simetria do unitarismo imperial e sobretudo do federalismo republicano.

Viram-se os homens da colônia a braços com êste problema: *"a conciliação entre o princípio da unidade do govêrno e a tendência regionalista e desintegradora, oriunda da extrema latitude da base geográfica em que se assenta a população"* [16].

Prevaleceu o sistema unitário, instituído com o Govêrno-Geral, tendo havido apenas duas tentativas passageiras de dualidade do govêrno, uma entre 1572 e 1577, outra entre 1608 e 1612, sem falar na divisão da colônia em duas secções inteiramente independentes, a partir de 1621: o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão.

Deve-se notar, porém, que a unificação operada quando D. João III resolveu criar o Govêrno-Geral, não veio sufocar os centros de vida autônoma da colônia. Pelo contrário. O sistema semifeudal não desapareceria por completo, e novas manifestações de um regime autárquico eram disciplinadas pelas autoridades reinóis sem nenhuma preocupação de excessiva e aliás utópica centralização.

Só nos fins do século XVIII foi efetuado o resgate das últimas capitanias doadas em 1534, e até então, ao lado dos capitães-mores não donatários de capitanias e vilas, existiam os donatários, a prolongarem o sistema anterior. A última capitania resgatada ou incorporada ao Estado foi a de São Vicente, em 1791.

Num regime de certo primitivismo, os caudilhos locais exerciam funções da autoridade pública, com mão vigorosa e prepotente. Perceberam os governadores ser necessário transigir com esta contingência e a Metrópole chegava a armar os chefes bandeirantes de amplos poderes com que pudessem desempenhar-se da sua missão. Por isso, como os capitães--mores das aldeias, também os caudilhos territoriais são "ver-

16. OLIVEIRA VIANA, op. cit., pág. 203.

dadeiros centros de autoridade, fragmentos minúsculos em que se dispersa, pela fôrça centrífuga dos agentes geográficos, o imponente e complexo mecanismo dos Governos-Gerais" [17].

Aspecto interessante oferece, no mesmo sentido, o patriarcalismo rural do ciclo da cana-de-açúcar, quando a Casa-Grande do senhor de engenho, além de ser uma autarquia econômica, se torna também um dêsses centros dispersivos da autoridade. Coisa parecida dá-se nos latifúndios sertanejos.

O regime municipal acompanha a variação das condições gerais da sociedade. Desenvolve-se nas zonas agrícolas, onde há populações fixas e elementos de uma aristocracia rural, que constituem também a elite política. Nas zonas pastoris, na imensidão dos sertões, não poderia medrar. Aqui predomina o govêrno pessoal do Capitão-mor regente, fundador de povoações.

Quando os bandeirantes se fixam na região mineira, deixando o nomadismo de penetradores da selva e estabelecendo ali uma nova sociedade [18], o cabo da tropa passa a ser o Capitão-mor das minas. Em tôrno dos núcleos assim formados surgem instituições jurídicas e administrativas bem características. Ao lado do "Capitão-general", há uma Junta de arrecadação da Fazenda Real, uma Contadoria geral, as intendências do ouro, as guardamorias das minas, as casas de fundição. Por sua vez, na zona diamantífera surge o Intendente dos diamantes, com poderes excepcionais. E o direito fiscal da época passa por alternativas várias, vigorando ora o sistema de capitação, ora o de casas de fundição.

---

17. Oliveira Viana, op. cit., pág. 221.

18. Afonso Arinos de Mello Franco, *A Sociedade Bandeirante das Minas*, in *Digesto Econômico*, ano VIII, n.º 90, maio de 1952, págs. 64-81: "Desde que surge o ouro e o homem se fixa, vai perdendo a bandeira a sua função, na medida em que a vida social se estabelece progressivamente. A sociedade bandeirante é o início da aplicação e da adaptação das instituições sociais e dos padrões culturais vigentes na zona civilizada, ao deserto rude, súbito povoado pela estonteante atração do ouro". Povoadores, os bandeirantes fixaram-se não só na região das minas, mas também na sua expansão para o sul, fundando cidades como Laguna, Lages e outras.

Os sessenta anos de domínio espanhol (1580-1640) não alteraram a estrutura interna da colônia, mas significaram para o Brasil uma situação propícia ao expansionismo bandeirante. O meridiano de Tordesilhas, durante êsse lapso de tempo, perdeu sua razão de ser, uma vez que a soberania de Castela se estendia sôbre tôda a América do Sul. Assim, a transposição da linha convencional, pelos indômitos desbravadores paulistas, se processava naturalmente, daí resultando a dilatação das fronteiras, que mais tarde o princípio do *uti possidetis* viria ratificar no plano jurídico. Renascia nos homens do planalto de Piratininga a fibra dos navegantes de outrora, construtores do grande Império. A penetração das selvas era uma nova epopéia, a continuar a epopéia marítima. E o Brasil se configurava para o futuro.

CAPÍTULO III

O SÉCULO XVIII SOB O ASPECTO FILOSÓFICO-JURÍDICO

1 — ILUMINISMO E DESPOTISMO ESCLARECIDO. 2 — A ESCOLA DO DIREITO DA NATUREZA E DAS GENTES. 3 — A MARCHA DOS ESTUDOS DE DIREITO ROMANO: INFLUÊNCIA DOS HUMANISTAS, ESCOLA CUJACIANA E MÉTODO SINTÉTICO-COMPENDIÁRIO. 4 — O DIREITO ECLESIÁSTICO E O REGALISMO. 5 — O ILUMINISMO EM PORTUGAL: POMBAL, VERNEY E MELO FREIRE. 6 — A LEI DA BOA RAZÃO. 7 — O COMPÊNDIO HISTÓRICO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. 8 — OS ESTATUTOS DA UNIVERSIDADE E A REFORMA DOS ESTUDOS. 9 — ALTERAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO. 10 — JUÍZO DE CÂNDIDO MENDES SÔBRE A OBRA DE POMBAL.

Capítulo III

O SÉCULO XVIII SOB O ASPECTO FILOSÓFICO-JURÍDICO

1. No quadro geral das instituições portuguêsas vimos inserir-se a vida brasileira dos primeiros séculos. Cumpre agora alargar o panorama que estamos descortinando, para abranger os horizontes espirituais da Europa numa época de profundas alterações, de uma verdadeira revolução intelectual, cujos efeitos se fizeram logo sentir no domínio da legislação e das instituições políticas.

O protestantismo e o humanismo naturalista da Renascença vinham imprimindo na mentalidade do homem europeu o sêlo de uma nova concepção geral da vida e dos valores [1]. Sob sua influência, no século XVIII, as classes dirigentes e os que constituíam a "república das letras" eram levados a uma negação radical da essência histórica dos seus povos.

Entre os responsáveis pelos negócios do Estado, figuravam os membros de uma nobreza decadente, em que mal se divisavam vestígios dos cavaleiros de outrora. A nobreza da espada e da terra cedia lugar à aristocracia da toga e da Côrte. Fruíam os grandes senhores dos privilégios que a hierarquia lhes assegurava, mas começavam a perder a cons-

---

1. A rebelião protestante, — nota BERDIAEFF nas páginas luminosas de *Un Nouveau Moyen-Âge*, — gerou a revolução da história moderna, que veio a dar nas "luzes" do século XVIII, no racionalismo, no positivismo, no socialismo. Pálido reflexo do Renascimento, as "luzes" representam uma forma posterior da auto-afirmação humanista, que, atraiçoando as origens divinas do homem, acabou por encontrar na miséria espiritual do iluminismo o castigo do seu orgulho.

ciência dos seus deveres sociais, contaminados pelas idéias dissolventes semeadas nas "sociedades de pensamento" [2].

Só por um escárneo se pode admitir que os homens de letras de então tenham passado à história com a denominação de filósofos, pois nunca se viu filosofia tão indigente como a que professaram. Diziam-se portadores das luzes da civilização, cujo esplendor se projetava sôbre os novos caminhos da humanidade, libertando-a do que chamavam o "obscurantismo medieval". Preconizavam um regime autoritário e despótico em que o Rei, homem de vontade "esclarecida", fôsse capaz de abater com pulso firme os preconceitos do povo, ainda aferrado às velhas tradições. E com as suas idéias educavam a nobreza, fazendo fermentar a revolução nos espíritos.

Vimos assim a aliança dos príncipes com os pretensos filósofos, não obstante se arvorarem êstes em campeões da liberdade de pensamento e serem aquêles os perseguidores do pensamento livre.

Como explicar tão estranha e paradoxal colaboração?

Paul Hazard dá-nos a chave do enigma. Um simples adjetivo. O despotismo mudava de significação, passando a chamar-se despotismo esclarecido [3].

---

2. Está hoje devidamente averiguada a atuação exercida pela aristocracia voltaireana na gênese da Revolução. Estudando as *sociétés de pensée* na Bretanha, Augustin Cochin muito contribuiu para esclarecer o assunto e para se compreender melhor as origens da Revolução. Mais decisivo foi o papel da nobreza que o do povo, ambos aliás conduzidos pelos *meneurs* que dirigiam a cena por detrás dos bastidores. Cf. BERNARD FAY, *La Franc-Maçonnerie et la Révolution Intellectuelle du XVIIIè Siècle*, Éditions de Cluny, Paris, 1935 e mais recentemente ÉMILE DARD, *La Chute de la Royauté*, Flammarion, 1950. Dêste último: "De tôdas as imagens dadas da Revolução, a mais falsa é sem dúvida a que os seus primeiros beneficiados impuseram à credulidade das massas. Representaram o povo francês levantando-se num só bloco, depois de séculos de escravidão, para expulsar um tirano. Foi o contrário que se produziu. Quando das eleições aos Estados gerais, os cadernos das paróquias constituíram um verdadeiro plebiscito dos camponeses de França em favor da realeza" (op. cit., pág. 25).

3. PAUL HAZARD, *La Pensée Européenne au XVIIIè Siècle De Montesquieu à Lessing*, Éditions Contemporaines, Boivin et Cie., Paris, t. II, pág. 76. Ernst Cassirer bem mostrou que não é êsse o único antagonismo existente no pensamento do século XVIII.

Insurgiam-se os soberanos contra os privilégios, que representavam uma limitação ao seu poder. Nesse ponto podiam entender-se perfeitamente com os pseudofilósofos, os quais pregavam uma reforma igualitária, visando destruir a hierarquia social. Além disso, as medidas econômicas propostas pelos homens de letras eram propícias a favorecer a centralização administrativa. Tratava-se de instaurar uma ordem burocrática justificada por princípios racionais e que reproduzisse, no funcionamento do Estado, as harmonias da mecânica celeste, cujas leis Newton descobrira.

Mas o terreno comum estava sobretudo no combate à Igreja. A impiedade voltaireana ajustava-se como uma luva às intenções dos monarcas que expulsavam os Jesuítas e urdiam tramas para obter da Santa Sé a extinção da milícia inaciana.

Com algumas variantes, é o que explica a política dos monarcas do iluminismo, entre os quais Carlos III de Espanha e José I de Portugal, que se deixaram eclipsar pelos seus ministros Aranda e Pombal, respectivamente.

2. Entre a filosofia racionalista e o direito, a escola do *direito da natureza e das gentes* servia de ponte. Depois de Grócio, o conceito de direito natural era exposto como decorrendo exclusivamente da natureza racional do homem, sem mais se levar em conta o seu fundamento transcendente na lei eterna. Além disso, omitia-se o fato da elevação do homem ao plano sobrenatural. O direito natural passava assim por um processo de laicização, e os seus expositores deixavam de inseri-lo na síntese superior do direito cristão. Ao mesmo tempo abandonavam a rocha sólida dos primeiros princípios e da experiência, para construí-lo em tôrno dos postulados da razão, numa estratosfera de abstrações, à maneira de um código completo de normas válido para todos os povos.

A aplicação dêsse direito apriorístico, segundo pensavam os seguidores da nova escola, conduziria a uma era de

progresso. Vinha corresponder exatamente ao ideal visado pelo iluminismo do século XVIII, à miragem de uma organização jurídica mais perfeita em que estavam prefigurados os direitos do homem e do cidadão das próximas declarações revolucionárias. Vinha acomodar-se ao deísmo dos enciclopedistas, à tendência para racionalizar a ordem natural independentemente das leis divinas.

Esta nova concepção jusnaturalística prevaleceria por muito tempo, levantando uma barreira que vedava o conhecimento do direito natural na sua concepção objetiva, oriunda dos antigos, aperfeiçoada pelo Cristianismo e sistematizada pelos escolásticos do século XIII. Continuaria em certas correntes de filosofia do direito do século XIX, de grande influência nos cursos jurídicos de Portugal e do Brasil. Por fim daria origem aos equívocos do positivismo jurídico, o qual, rejeitando as aberrações desta escola, acabava por englobar nas suas demolições tôda a idéia de direito natural.

3. Mantinha-se o prestígio do direito romano, que desde os primeiros tempos da escola de Bolonha não fizera senão crescer.

O romanismo surgira como elemento contrário ao direito costumeiro e tivera também seus atritos com o direito canônico. A decretal do Papa Honório III, proibindo o ensino do direito romano na Universidade de Paris e nas cidades vizinhas, em dispositivos mais tarde recolhidos no *Corpus Iuris Canonici*, dava por motivo de tal prescrição o fato de não usarem os leigos daquelas províncias as leis dos imperadores de Roma — *quia in Francia et nonnullis provinciis, laici Romanorum legibus non utuntur*... Quanto às causas eclesiásticas, deviam ser tôdas submetidas às leis canônicas. Tratava-se, ademais, de assegurar o predomínio do ensino do direito para a escola de Bolonha, conservando a Universidade parisiense o do ensino teológico [4].

4. J. Ortolan, *Histoire de la Législation Romaine depuis son Origine jusqu'à la Législation Moderne*, Paris, Plon, 1884, pág. 518.

Antes dessa Decretal, do ano de 1220, os Concílios de Reims, Latrão e Tours, todos do século XII, haviam proibido aos religiosos professôres o estudo do direito romano, sob pena de excomunhão. Evidentemente era esta medida tomada por zêlo dos que deviam cuidar da formação dos sacerdotes e religiosos. A preocupação demasiada com os estudos profanos punha em risco a atenção devida aos estudos de Teologia e a própria vida espiritual. Não era outro o motivo pelo qual São Bernardo, na sua célebre carta ao Papa Eugênio III, lamentava que se deixassem as leis de Deus pelas de Justiniano [5].

Apesar disso, o direito romano dos glosadores seguia a sua marcha paralela à da filosofia escolástica. E por ocasião do surto humanista, na Renascença, escolásticos e glosadores foram juntamente repudiados, começando uma nova fase no cultivo da jurisprudência clássica.

Vimos que os discípulos de Bártolo — como aconteceu com João das Regras, em Portugal — se punham a serviço do poder real, nos tempos da formação do absolutismo (cf. supra, cap. I, n.º 9). O que já era um desgarrar da tradição jurídica medieval, uma antecipação do espírito moderno. Os humanistas davam um passo muito mais avançado neste sentido. A obsessão do classicismo induzia-os a despir o direito romano dos elementos modificadores que, no seu desenvolvimento interno, o haviam feito chegar até à compilação de Justiniano com fisionomia diversa da que apresentara no período clássico. Os humanistas não compreenderam êste desenvolvimento interno, não levaram em conta a fusão do *ius civile* com o *ius honorarium*, muito menos quiseram saber da influência exercida pelo Cristianismo ao tempo do *Corpus Iuris* [6].

---

5. *Quando oramus? Quando docemus populos? Quando aedificamus Ecclesiam? Quando meditamur in lege? Et quidem quotidie perstrebunt in palatio leges, sed Justiniani, non Domini.* (*De Consideratione*, lib. I, cap. IV).

6. O insigne romanista SALVADOR RICCOBONO analisou muito bem a diferença de critério no modo de interpretar o direito romano entre glosadores e comentaristas, de um lado, e humanistas de outro. Embora desconhecendo

Finalmente, o estudo do direito romano, no século XVIII, continuando a acompanhar o movimento das idéias, passava a receber o influxo racionalista da escola do direito natural. Se Cujácio fôra o grande nome da fase humanista, Heinécio era agora o mais expressivo, desfrutando de uma autoridade na Alemanha de então comparável à de Bártolo na Itália do século XIV. Punha em prática o método sintético-compendiário, fazendo no domínio da jurisprudência o mesmo que Wolf no da filosofia. O direito romano puro dos humanistas não podia agradar aos que recebiam as lições da escola do direito da natureza, na linha de Grócio e Wolf. A sua aplicação devia ser limitada pelas exigências da razão natural e condicionada ao uso das nações modernas esclarecidas pela "filosofia". Daí o ter adquirido grande voga o *usus modernus pandectarum*, sobretudo na Alemanha, onde mais se desenvolveria a doutrina jusnaturalística.

4. Nem o direito eclesiástico escapava à fôrça dominadora das idéias do tempo. Nas suas fontes, não perdera a limpidez de origem, graças à vigilância da Igreja, através da ação do Papado e dos concílios. Entre os autores que versavam a matéria, porém, o mesmo não se verificava. Grandes devastações faziam o jansenismo e o galicanismo na França, sendo que o galicanismo dos políticos era anterior ao dos teólogos, pois remontava a Filipe, o Belo. O poder civil sobrepunha-se ao eclesiástico; arrogava-se o direito de examinar os atos legislativos da autoridade pontifícia, condicionando a validade dêstes à sua própria aprovação; recusava qualquer direito da Igreja sôbre o temporal e interferia até mesmo nos assuntos de natureza religiosa.

Os monarcas da "ilustração" não podiam deixar de acolher com o mais franco apoio essas idéias, muito adequadas

---

os elementos históricos, foram os glosadores os grandes intérpretes da compilação de JUSTINIANO. Cf. S. RICCOBONO, *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del Corpus Iuris Civilis,* excerto das Atas do Congresso Jurídico Internacional de Roma, 12-17 de novembro de 1934, vol. II, págs. 377-398, edição da Lib. Pont. Instituti Utriusque Iuris, 1935.

a lhes consolidar o despotismo e submeter a Igreja à política centralizadora empreendida pelos Estados europeus.

Reinando o Imperador José II, tinha difusão por tôda a Alemanha um livro cujo autor, com o pseudônimo de Febronius, ocultando uma alta figura da hierarquia eclesiástica, defendia, entre outras, as seguintes teses: restrições ao poder do Papa, a fim de facilitar a união dos dissidentes com os católicos; primazia do Concílio; necessidade do consentimento do episcopado para que as leis pontifícias obrigassem aos fiéis; direito dos bispos a exigirem do Pontífice a renúncia a certas prerrogativas, podendo invocar a intervenção do braço secular [7].

O Príncipe surgia, por tal forma, como o protetor dos seus prelados em face do que se qualificava de usurpações de Roma. E ao lado dos argumentos tendenciosamente extraídos da história, vinham razões de inspiração jansenista, apelando-se ainda para princípios de direito natural.

De tudo isto resultou o josefismo, nova modalidade do regalismo, bem característica do século XVIII e cujos ecos haviam de chegar mais tarde ao Brasil, provocando a "questão religiosa" nas últimas décadas do Império.

5. Ao josefismo austríaco corresponde em Portugal o pombalismo. Os autores que têm versado a matéria designam o reflexo desta política no reino luso não com o nome do soberano, D. José I, — e então teríamos um segundo josefismo, — mas com o do seu ministro Sebastião José de Carvalho, Conde de Oeiras e depois Marquês de Pombal. Linguagem bem expressiva sem dúvida, pois enquanto, na Áustria, o febronianismo era uma arma de que se servia

---

7. *Justini Febronii jurisconsulti De statu praesenti Ecclesiae et legitima potestate romani pontificis, lider singularis, ad reuniendos dissidentes in religioni compositus.* A primeira edição data de 1763 (Bouillon-Frankfurt s. Main). O autor, JOÃO CRISÓSTOMO NICOLAU VON HONTHEIM, era Bispo titular de Miriofite e coadjutor de Treves, onde exercia ainda as dignidades de conselheiro de Estado e chanceler da Universidade, na qual por seis anos lecionara direito romano.

D. José II, em Portugal D. José I foi um instrumento nas mãos poderosas do ministro reformador [8].

Cabe-nos aqui considerar a obra de Pombal tão-sòmente no tocante à reforma do direito e do Estado.

Antes, porém, cumpre mencionar dois nomes bem representativos do século XVIII em Portugal: Verney, o filósofo, e Melo Freire, o jurisconsulto.

O *Verdadeiro Método de Estudar* de Luís Antônio Verney inspirou, em grande parte, a reforma pombalina da instrução. Quanto às repercussões da obra dêste autor no concernente às novas diretrizes do ensino jurídico e da legislação, escreve Cabral de Moncada:

"Verney propunha-se, com efeito, criticar, acima de tudo, o estado lastimoso a que tinha chegado o ensino e não, diretamente, reformar a vida jurídica portuguêsa nos seus diferentes aspectos. Porém, os pontos de vista que eram tomados como base para a sua crítica, transcendendo em muito o fim que tinha em vista, iam também, como era natural, muito mais longe na sua ação sôbre os espíritos, e nos seus efeitos reformadores, do que exigia êsse fim mais próxima e diretamente almejado. O crítico tinha uma filosofia do direito e uma noção precisa do valor do direito romano, à luz das quais alargava a sua crítica e procurava bater em brecha, nos diversos campos da pedagogia, tôdas as tradições do escolasticismo e os vícios acumulados durante séculos da vida mental portuguêsa; e daí, naturalmente, a repercussão que suas idéias deviam encontrar, quanto ao direito, não só no cam-

8. É aliás o tempo dos ministros arbitrários, cheios de poder, imbuídos do filosofismo da "ilustração" e adversários implacáveis do Catolicismo: além de Pombal, Choiseul em França, Tanucci nas Duas Sicílias, Aranda e Floridablanca na Espanha. SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO permanecera por muito tempo na Inglaterra, contraíra na Holanda relações com jansenistas e cultivara na Áustria o convívio dos adeptos do josefismo. Ao regressar do estrangeiro — conclui FORTUNATO DE ALMEIDA — "pouco mais havia na sua bagagem do que os erros da seita jansênico-galicânica, os quais lhe serviam admiràvelmente para a realização dos sonhos da onipotência política" (FORTUNATO DE ALMEIDA, *História de Portugal*, t. III, Coimbra, 1926, págs. 294-295).

po estrito da pedagogia, como, de um modo geral, no de tôda a vida jurídica nacional" [9].

Essas idéias, fundamentalmente, eram as da escola do direito da natureza e das gentes, fornecendo os princípios da jurisprudência natural da qual dimanava a jurisprudência civil, cujo vulto de maior projeção, dentro da mesma linha de pensamento, vamos encontrar em Pascoal José de Melo Freire.

As *Institutiones* dêste último foram legadas à posteridade como um grande monumento da ciência jurídica portuguêsa. Seguindo o modêlo de Heinécio, consagravam o método sintético e compendiário, filiando-se o autor à orientação cujaciana do direito romano e ao jusnaturalismo introduzido por Verney.

"O conceito do direito natural e das gentes", conclui Cabral de Moncada; "a concepção filosófica e racionalista do direito em si mesmo, objetivamente considerado; a hostilidade ao direito romano histórico; a limitação dêste pelos princípios racionais e pelos usos modernos (*ousus modernus*); o respeito pelo direito nacional e o culto pela história; o interêsse pelos direitos estrangeiros das nações civilizadas; a admiração por alemães e holandeses; o horror da Escolástica, a paixão por Cujácio e pelos métodos sintéticos, à Heinécio — isto é, tudo o que iremos encontrar na lei da *Boa Razão,* no *Compêndio Histórico,* nos *Estatutos* pombalinos e mais tarde ainda, a fechar o século, sob uma admirável forma doutrinária, na obra de Melo Freire — tudo isto está já em Verney e representa entre nós caracterizadamente o nosso século XVIII" [10].

6. As Ordenações estabeleciam que o Direito Romano e o Canônico fôssem tidos por subsidiários das leis do Reino, vigorando o Direito Canônico nas matérias de pecado.

9. L. Cabral de Moncada, op. cit., I, pág. 95. Do mesmo autor, *Um "Iluminista" Português no Século XVIII: Luís Antônio Verney,* Coleção "Studium", Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., São Paulo, 1941.

10. L. Cabral de Moncada, *Estudos,* I, págs. 98-99.

Estava-se no tempo do prestígio da escola de Bolonha, prestígio evidente nos textos da Ordenação Manuelina e da Afonsina que, na falta de disposição expressa daqueles sistemas jurídicos, adotam por elementos subsidiários as opiniões de Acúrcio e Bártolo, quando não contrárias à *communis opinio doctorum*.

Pelos dispositivos da Lei da Boa Razão de 18 de agôsto de 1769, o Direito Romano continuava a ser subsidiário mas só no que fôsse conforme ao Direito Natural, ao espírito das leis pátrias e ao govêrno e circunstâncias da Nação. Quanto ao Direito Canônico, era reservado exclusivamente aos tribunais eclesiásticos e a matérias espirituais. As glosas, opiniões de doutôres e arestos perdiam tôda a autoridade extrínseca. Finalmente, nos negócios políticos, econômicos e mercantis mandavam-se aplicar, como subsidiárias, as leis das nações civilizadas da Europa.

O elástico e impreciso critério da Boa Razão ficou sendo assim a última instância da sistemática legislativa. Nada melhor para nos dar uma idéia daquela época, no pedantismo das mentalidades servilmente submissas ao estrangeiro, do que a maneira de redigir que lhes era peculiar. Eis como se entendia o novo e supremo critério de valoração jurídica: ... "Mando, por uma parte, que debaixo das penas ao diante declaradas se não possa fazer uso nas ditas alegações e decisões, de textos ou de autoridades de alguns escritores, enquanto houver Ordenações do Reino, leis pátrias e usos dos meus reinos legìtimamente aprovados também na forma abaixo declarada. E mando, pela outra parte, que aquela *boa razão*, que o sobredito Preâmbulo determinou que fôsse na parte de julgar subsidiária, não possa nunca ser a da autoridade extrínseca dêstes ou daqueles textos de direito civil, ou abstratos ou ainda com a concordância dos outros; mas sim e tão-sòmente: ou aquela boa razão que consiste nos primitivos princípios, que contêm verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a Ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo; ou

aquela *boa razão* que se funda nas outras regras que de universal consentimento estabeleceu o direito das gentes para a direção e govêrno de tôdas as Nações civilizadas; ou aquela *boa razão* que se estabelece nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas que as mesmas nações cristãs têm formulado com manifestas utilidades do sossêgo público, do estabelecimento da reputação e do aumento dos cabedais dos povos, que com as disciplinas destas sábias e proveitosas leis vivem felizes à sombra dos tronos e debaixo dos auspícios dos respectivos monarcas e princípes soberanos; sendo muito mais racionável e muito mais coerente que nestas interessantes matérias se recorra, antes, em caso de necessidade, ao subsídio próximo das sobreditas leis das nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência, do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de atender-se, depois de mais de dezessete séculos, o socorro às leis de uns gentios que nos seus princípios morais e civis foram muitas vêzes perturbados e corrompidos na sobredita forma, que do direito natural tiveram apenas as poucas e gerais noções que manifestam os têrmos com que o definiram, que do direito divino é certo que não souberam cousa alguma e que do comércio, da navegação, da aritmética política e da economia do Estado ... não chegaram a ter o menor conhecimento" etc. [11].

7. O *Compêndio Histórico,* obra da Junta de Providência Literária instituída por Pombal, vinha enaltecer a figura de Verney, e juntamente com a do mestre português as de Grócio, Pufendorf, Wolf, Heinécio e outros que ditavam o novo espírito jurídico-filosófico. Era dado à estampa em 1772, em Lisboa, tendo por objeto o estado da Universidade de Coimbra "no tempo da invasão dos denominados jesuítas".

11. *Coleção das leis, decretos e alvarás* do reinado de D. José I, *apud* C. Moncada, loc. cit.

Naquele mesmo ano de 1772 o Ministro de D. José I ia a Coimbra para tratar pessoalmente da nova organização do ensino universitário. Considerava urgente abolir tôda a influência dos Jesuítas, espancar as "trevas da Idade Média" com as luzes do século e substituir o primado da Teologia pelo da filosofia racional. O *Compêndio* apontava na ação dos Jesuítas o fator principal da decadência intelectual da nação. Quanto à filosofia racional, nela estava incluído o direito natural secularizado pelos herdeiros do pensamento grociano. Fundaram-se escolas de Matemática e Filosofia, vários estabelecimentos científicos surgiram: Museu de História Natural, Gabinete de Física, Jardim Botânico e Observatório. Ganhavam as ciências e a literatura novo incremento, mas se perdia o verdadeiro sentido da Universidade com o golpe vibrado na Teologia, e se começava a formar a mentalidade dos estudantes naquela "aritmética política" de que nos falava a Lei da Boa Razão, a preludiar a política abstrata do liberalismo.

8. Note-se que os novos Estatutos da Universidade de Coimbra vinham completar a reforma operada pela Lei da Boa Razão no atinente à maneira de aplicar o Direito Romano. No Livro II, Título V, Capítulo III dispunham sôbre "o modo de descobrir a razão que faz ser de uso as leis dos romanos para os casos omissos, averiguando a observância que delas têm feito as nações modernas". Determinavam os mesmos Estatutos o confronto do Direito Romano com o natural, o divino e o das gentes, o político, o econômico, o mercantil e o marítimo. Para critério e meio de facilitar tal confronto, indicavam o estudo e conhecimento do *usus modernus pandectarum*, isto é, o uso do Direito Romano pelas nações modernas especialmente a Alemanha, país que servia então de modêlo no Direito Privado, como era no Direito Político a França de Luís XIV e Luís XV.

Também no modo de considerar o Direito Canônico, os Estatutos refletiam as tendências do tempo. Pretendia-se formar um "Direito Canônico próprio e especial da Nação

Portuguêsa", chegando mesmo o Marquês a obter o apoio de alguns eclesiásticos. E com razão houve quem notasse, no tocante à Teologia e ao Direito Canônico, a semelhança do novo regulamento com um difuso tratado de jansenismo e galicanismo.

Ficou o ensino universitário distribuído por seis Faculdades: Teologia, Cânones, Leis, Medicina, Matemática, e Filosofia. Os seminários foram colocados na dependência da Faculdade de Teologia, com a obrigação imposta aos Bispos de enviar alunos à Universidade para aí se formarem. Diminuiu, porém, a freqüência às Faculdades de Teologia e de Cânones. Prelados zelosos cuidaram de evitar a instilação do veneno regalista nos eclesiásticos das respectivas dioceses. De qualquer maneira, o mal produziu os seus efeitos, penetrando também no ambiente brasileiro.

9. No campo do direito privado, a legislação pombalina operou grandes alterações em matéria de direito sucessório. Um papel de grande alcance desempenha a legislação relativa à transmissão hereditária dos bens, nas sociedades sòlidamente constituídas. Se a propriedade é a base econômica da família, o direito de dispor dos próprios bens de maneira a assegurar a sobrevivência do patrimônio familiar é uma condição imprescindível para a estabilidade da ordem social. As elites sociais formam-se com um elemento sem o qual vêm a cair no parasitismo ou na exploração argentária a que dá margem o capital móvel: êsse elemento é a propriedade da terra. As leis igualitárias, dissolvendo o patrimônio, ou os abusos da legislação fiscal, fazendo-o passar às mãos do Estado, acarretam quase sempre violações clamorosas do direito natural.

Desviavam-se de uma tradição secular, as leis pombalinas regulamentadoras do direito das sucessões. Restringiam consideràvelmente, e de modo um tanto arbitrário, a liberdade de testar, não sem mais uma vez aludirem ao exemplo dos *países muito polidos* e das *nações iluminadas da Europa*. Eram as leis de 25 de junho de 1766 e 9 de setembro de 1769,

sôbre a sucessão testamentária e a legitimária, e as de 17 de agôsto de 1761 e 4 de fevereiro de 1765, sôbre a sucessão legítima no concernente às mulheres.

É certo que visavam proteger os interêsses familiares contra as extorsões e a dilapidação do patrimônio doméstico. Mas condenavam a sucessão testamentária como superstição romanista, e ampliavam os graus de parentesco beneficiados pelo amparo legal, uma vez estabelecido o princípio da sucessão legítima forçada. Isto vinha ainda impedir as doações e favorecer a política socialista de desamortização dos bens eclesiásticos.

10. Podemos concluir subscrevendo o juízo de Cândido Mendes sôbre Pombal.

"Chegamos a 1750, quando a Realeza e o seu predomínio absoluto de mãos dadas com o Regalismo subiu ao maior apogeu. Êsse triunfo assinalou-o o tempo com um espantoso terremoto, coincidência notável com os estragos que outro pelas mãos dos homens ia fazer-se.

"O campo ficou alastrado de cadáveres, alguns torturados por cruéis suplícios, que o século já não permitia, nem mesmo em país de civilização cristã pouco adiantada. O solo de tôda a Monarquia Lusitana ficou coberto de sangue e de cinzas, e durante um quarto de século de um tétrico govêrno, verdadeiro regime de Moloch, a população vivia inquieta acordando todos os dias com a descoberta de imaginárias conspirações, sepultadas depois no sangue dos cadafalsos.

"O triunfo foi sem dúvida da Realeza absoluta, mas a honra da luta ficou com os vencidos.

"A Legislação e a Jurisprudência tomaram nova direção; as Leis respiram um ar de jatância, uma linguagem de vaniloqüência e de rodomontadas bem dispensáveis; e o que é singular, o Direito Romano, que fôra o veículo em que se transportara durante séculos o regime absoluto, foi com notável ingratidão injustamente amaldiçoado, como bem o prova a Lei de 18 de agôsto de 1769.

"Mas essa culpa venial, exalação da Escola *Cujaciana* contra a sua competidora, a *Bartolina,* em breve foi remida. O Direito Romano sôbre os ombros mais robustos da nova Escola menos cristianizada que sua predecessora, subiu de novo ao Capitólio nos *Estatutos* da Universidade de Coimbra, de 1772.

"Não desconhecemos o incremento que houve, as reformas que se fizeram nos vinte e seis anos do reinado de D. José I; mas estamos persuadidos de que em tão longo estádio percorrido, poder-se-ia tentar tanto na Legislação como em outras matérias, reformas mais perduráveis e úteis; com outro método e ordem, e sem o estrépito que se fêz, e o sangue que se derramou.

"Os novos estudos implantados na Academia, o espírito de tôda a Legislação inaugurada na longa administração de um Ministro onipotente e partidário fazia salientíssimo contraste com a antiga, e demandavam, senão uma reforma completa da Legislação em vigor, recopilação de tôdas as conquistas feitas e sua harmonização com o que de aproveitável na velha Legislação existisse" [12].

Dado o papel da Universidade de Coimbra na formação dos juristas e homens públicos de Portugal e do Brasil, bem podemos avaliar as conseqüências da reforma pombalina.

12. CÂNDIDO MENDES, *Codigo Philippino,* Introdução, pág. XXXII.

Capítulo IV

CONSOLIDAÇÃO JURÍDICA DAS BASES NACIONAIS

1 — BASE FÍSICA: O TERRITÓRIO E A DILATAÇÃO DAS FRONTEIRAS. 2 — O TRATADO DE MADRI E O PRINCÍPIO DO *UTI POSSIDETIS*. 3 — A TRANSFERÊNCIA DA CÔRTE PARA O BRASIL. 4 — A LIBERDADE DE COMÉRCIO E A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL. 5 — OUTROS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO JOANINA. 6 — EMANCIPAÇÃO JUDICIÁRIA. 7 — ELEVAÇÃO DO BRASIL A REINO. 8 — CONTRASTE ENTRE A AÇÃO DA REALEZA E A POLÍTICA DAS CÔRTES CONSTITUINTES.

CAPÍTULO IV

CONSOLIDAÇÃO JURÍDICA DAS BASES NACIONAIS

1. É no século XVIII que as fronteiras do Brasil se delineiam definitivamente. Até então vinham os portuguêses realizando a sua grande tarefa colonizadora nos pontos mais importantes que haviam tomado para centro de sua atividade, ao longo da costa e no interior próximo. O dito irônico de Frei Vicente do Salvador não nos deve levar a conclusões depreciativas. Ficaram, é verdade, os portuguêses "como caranguejos arranhando a costa", mas foi assim que conseguiram assegurar a posse do imenso litoral brasílico, alvo da cobiça dos corsários procedentes dos outros países europeus, que vinham fazer concorrência a Portugal e Espanha no domínio dos mares. Repeliram-se as primeiras incursões, foram expulsos os que tentaram estabelecer-se entre nós, e a luta contra os holandeses serviu para despertar a consciência da comunidade, levantada em armas contra o inimigo da Fé e do Império, o invasor a um tempo herege e estrangeiro. E veio a penetração pela selva tenebrosa adentro. O bandeirismo prolongava por terra a epopéia marítima dos navegantes.

Uma ocorrência providencial favoreceu a dilatação das fronteiras do Brasil: o domínio espanhol.

Unidas, a partir de Filipe II, as Coroas de Portugal e de Castela, a mesma soberania exercia a sua jurisdição sôbre as terras conquistadas por espanhóis e portuguêses na América. Estavam estas, a princípio, divididas pela famosa linha de Tordesilhas, convencionada entre os representantes de D. João II e dos Reis Católicos. Dois anos depois da

conquista de Granada, pondo fim ao domínio árabe na península, quando Colombo, a serviço de Fernando e Isabel, descerrava as cortinas do Novo Mundo para a História, conseguia o Príncipe Perfeito um notável triunfo diplomático junto dos prestigiosos e poderosos soberanos da Espanha unificada. A 7 de junho de 1494 firmava-se o acôrdo que vinha estabelecer uma nova partilha do mundo, com vantagem para os portuguêses.

No ano anterior, o Papa Alexandre VI havia feito uma primeira divisão, pela Bula *Inter Caetera*, decorrendo daí a linha imaginária passando a cem léguas para poente e sul das ilhas dos Açôres e Cabo Verde, a fixar as possessões de Portugal e Espanha. A esta última ficava reconhecido o domínio de tôdas as terras descobertas ou a descobrir para o lado ocidental do meridiano traçado.

Era o Pontífice, no direito das gentes da época, autoridade universalmente reconhecida mesmo em negócios temporais, quando se tratava de questões atinentes ao bem da Cristandade. Não se desagregara ainda a *Res Publica Christiana* vinda dos tempos medievos. Os Papas Eugênio IV, Nicolau V, Calisto III e Sisto IV haviam interferido em assuntos diretamente relacionados com a expansão marítima, daí resultando doações a favor dos portuguêses, que as medidas de Alexandre VI vinham alterar.

Mas o Tratado de Tordesilhas dava de novo a Portugal possibilidades que estivera na iminência de perder. Traçava-se uma "raia ou linha direita de pólo a pólo", avançando, porém, mais para oeste e correndo não mais a cem léguas e sim a trezentas e setenta léguas do arquipélago de Cabo Verde.

Tem-se discutivo sôbre o caráter jurídico das situações criadas pelas Bulas e pelos Tratados de então, acentuando alguns autores o alcance de tais documentos, diminuindo-o outros. Bem estudado o assunto em trabalho de indagação histórica e síntese doutrinária, conclui ilustre internacionalista:

1.º) — "As Bulas e os Tratados visaram não apenas delimitar as "zonas de influência", ou catequese, encargos espirituais e os respectivos ônus, — mas, também, traçar realmente *Fronteiras,* no sentido jurídico do têrmo.

2.º) — "Os Papas signatários das Bulas concediam, e os Reis, signatários dos Pactos, mùtuamente se reconheciam poderes soberanos sôbre as terras, objetos dêsses atos jurídicos.

3.º) — "Tais poderes soberanos atingiram não apenas as terras, mas ainda as águas adjacentes ou contíguas. E atribuíam aos respectivos titulares o direito de regulamentar o comércio e o acesso a estas áreas" [1].

Por vantajosas que fôssem as condições obtidas por D. João II no acôrdo com a Espanha, longe estaria a América portuguêsa de poder transformar-se no imenso território ocupado hoje pelo Brasil se fatos e tratados subseqüentes não viessem alterar novamente a situação definida em 1494. Pela linha de Tordesilhas, caíam dentro dos limites castelhanos a região amazônica, o Brasil central de hoje e uma grande parte da região sulina.

Os eventos históricos que acarretaram a modificação dêsse estado de coisas já foram assinalados. Primeiramente, como causa direta, a transposição do meridiano de Tordesilhas pelos bandeirantes. E em segundo lugar, como condição propícia à expansão bandeirante, o domínio espanhol, entre 1580 e 1640.

Findo o domínio filipino, punha-se agudamente a questão dos limites entre a América portuguêsa e os vice-reinados espanhóis vizinhos. Mesmo porque o expansionismo dos paulistas se acentuava cada vez mais, e aos preadores de índios se sucediam as levas movimentadas pela miragem do ouro, do diamante e das lendárias esmeraldas.

---

1. J. Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos, *O recuo do meridiano de Tordesilhas em face do Direito Internacional,* separata da *Revista da Faculdade de Direito,* vol. XLVII, 1952, pág. 317.

Entre as conseqüências das descobertas das minas, além do fortalecimento do poder real, pelos motivos anteriormente indicados, são de se notar o povoamento de Minas Gerais, o incremento da escravidão negra e a desorganização da lavoura, abandonada por alguns proprietários, desejosos de atirar-se à aventura mais rendosa das explorações auríferas. Mas é sobretudo o impulso dado daí por diante à marcha para o oeste, que cumpre ter presente. Nos fins do século XVII eram abertas as primeiras jazidas à margem do Rio das Velhas. Na centúria seguinte prosseguiam as entradas penetrando em Mato Grosso, em Goiás e na Bahia. Descobriam-se os diamantes. Cresciam ràpidamente as populações de Tijuco e Vila Rica. E, assim como Tordesilhas representara um recuo do meridiano divisor, a penetração do continente fazia agora recuar a linha de Tordesilhas.

Esta situação de fato era ratificada juridicamente, a 13 de janeiro de 1750, pelo Tratado de Madri.

2. Impunha-se uma revisão do critério estabelecido três séculos antes para a delimitação das fronteiras. Não só as circunstâncias que acabam de ser apontadas o exigiam, mas ainda era preciso ajustar os padrões definidores ao melhor conhecimento da geografia e da astronomia.

O critério de Tordesilhas tornara-se obsoleto, e aliás, mesmo na época em que surgiu, pecava pela imprecisão. As trezentas e setenta léguas deviam ser contadas a partir do arquipélago dos Açôres, mas não se sabia a partir de que ilha. Além disso, os náuticos do tempo não estavam de acôrdo quanto à extensão da légua marítima. Tudo isto explica que no mapa de Miguel Lastarria e Francisco Fernández três linhas possíveis de demarcação fôssem indicadas. Comprovada a esfericidade da terra, mais ainda se complicava a questão, surgindo do lado do Oriente o problema das Molucas e vendo-se então os espanhóis querendo diminuir a sua parte na América a fim de abranger, na Ásia, Java e Samatra, as Célebes e as Filipinas.

Em meio a tais incertezas, súditos do Rei de Castela procuravam instalar-se no litoral paulista, chegando a Iguape e Cananéia. Depois, eram os bandeirantes a erguerem populações para além dos limites portuguêses, esboçando-se os primeiros conflitos sobretudo no sul, onde os problemas fronteiriços assumiriam posteriormente um caráter mais delicado.

Era indispensável dirimir de uma vez para sempre tais dúvidas e disputas, para o que um novo critério surgiu, como decorrência da própria marcha dos acontecimentos: o da ocupação efetiva do território gerando o domínio.

Foi o princípio do *uti possidetis*. Prevaleceu no Tratado de Madri, e daí por diante se tornou uma constante no nosso direito internacional como meio de solução das pendências de fronteiras. A essa norma se ateve a diplomacia do Império nas negociações com os países vizinhos, o Paraguai, a Bolívia, o Peru.

Tratando-se de terras inexploradas e desconhecidas, era o recurso jurídico naturalmente indicado. Tanto mais que a posse das regiões do norte e do centro se vinha efetuando sem oposição, girando as contendas tão-sòmente em tôrno da Colônia do Sacramento, ao sul.

O nome do diplomata santista Alexandre de Gusmão está indissolùvelmente ligado ao Tratado de Madri. De sua obra nos dá conta Jaime Cortesão nos volumes que o Instituto Rio Branco tomou a iniciativa de publicar, com tôda a documentação concernente àquele ato de importância capital na fixação do nosso mapa.

Pode-se mesmo dizer que daí data a configuração territorial do Brasil, acrescentando-se os acordos relativos aos limites com as Guianas e com os países da América espanhola depois da separação política, entre os quais sobreleva o de que resultou a aquisição do Acre.

No tratado em aprêço aplicavam-se de forma explícita dois princípios do direito das gentes, a saber: 1.º) — o das fronteiras naturais; 2.º) — o do *uti possidetis*. Pelo pri-

meiro rejeitava-se a solução com base em qualquer linha fictícia, como as da Bula *Inter Caetera* e do acôrdo de Tordesilhas. Pelo segundo, reconhecia-se a situação estabelecida de fato com a expansão dos portuguêses para além do meridiano traçado havia três séculos. Argumento decisivo a favor da pretensão patrocinada por Alexandre de Gusmão e seus companheiros teria sido fazer compreender aos espanhóis, ainda a insistirem na manutenção do critério anterior, que, a prevalecer o famoso meridiano, teriam êles de abandonar as terras que ocupavam na Ásia, entre as quais as Filipinas.

Eis como o Tratado determinava a aplicação dos dois princípios acima referidos: "O primeiro, e mais principal, é que se assinarem os limites dos dois domínios, tomando por balizas as paragens mais conhecidas, para que em nenhum tempo se confundam, nem dêem ocasião a disputas, como são a origem, e curso dos rios, e os montes mais notáveis. O segundo, que cada parte há de ficar com o que atualmente possui; à exceção das mútuas cessões, que em seu lugar se dirão; as quais se farão por conveniência comum, e para que os confins fiquem, quanto fôr possível, menos sujeitos a controvérsias".

Portugal e Espanha ratificavam o Tratado a 26 de janeiro e 8 de fevereiro de 1750, respectivamente. Ab-rogado em 1761, voltou a fazer-se presente, com os seus critérios definidores das marcas fronteiriças, nos convênios de Santo Ildefonso, em 1777 e 1778.

Não nos cabe entrar nos pormenores da demarcação que se seguiu à assinatura do Tratado, e das questões suscitadas especialmente perante as reduções jesuíticas do sul, nem tão pouco acompanhar as marchas e contramarchas da história diplomática desde aquela assinatura até aos atos de D. João VI quando no Rio de Janeiro.

O que importa aqui é fixar o princípio do *uti possidetis* assegurando jurìdicamente a base física da nacionalidade a partir do Tratado de Madri. Graças àquele ato tinha o

Brasil a sua configuração geográfica definida cabalmente, e ficaria até hoje livre dos problemas de fronteiras com os povos vizinhos.

3. Sendo três os elementos que concorrem para a formação jurídica do Estado — território, povo e poder soberano — só êste último faltava para que o Brasil viesse a constituir um Estado independente, que representasse a nacionalidade brasileira no consórcio das gentes.

Foi o que lhe adveio da transferência da Côrte portuguêsa para o Rio de Janeiro, ao tempo de D. João VI. Não admira que fôsse o Brasil recebido entre as potências que participavam do Congresso de Viena. E desde 1815 constituía o Reino Unido com Portugal e Algarves.

Quando o Instituto Histórico e Geográfico, ao abrir um concurso relativo ao tema do reinado americano daquele monarca, lhe deu o título de "fundador da nacionalidade brasileira", em juízo ratificado por Oliveira Lima na sua obra clássica, certamente não olvidava com isso tudo o que fizeram os antecessores de D. João VI [2]. A bem dizer, o filho de D. Maria I, que atravessava o oceano com a Côrte, na qualidade de Príncipe Regente, vinha entre nós concluir a grande emprêsa dos reis de Portugal. Já encontrava aqui as condições para a criação de um Estado independente, dada a integração social e institucional levada a efeito desde os primeiros tempos. E graças à sua maneira de proceder, permitia a agregação definitiva dos elementos preexistentes de forma a garantir, para o futuro, a unidade do imenso quinhão português na América.

A 7 de setembro de 1822, quando se deu a separação política, o Brasil já gozava dos privilégios de um Estado soberano. Era uma nação plenamente constituída, em que a ação da Realeza se mostrava, ao correr dos séculos, qual elemento decisivo da formação nacional.

---

2. OLIVEIRA LIMA, *Dom João VI no Brasil*, vol. I, 2.ª ed., 1945, pág. 17.

Consideremos preliminarmente a questão da vinda da Família Real para o Brasil.

Medida da mais alta sabedoria política foi, por algum tempo, coberta de ridículo pelos novelistas da História. Mas hoje ninguém pode mais sèriamente pôr em dúvida o verdadeiro significado e o alcance da transferência da Côrte portuguêsa.

Napoleão dominava a Europa. Exércitos poderosos não conseguiam resistir ao ímpeto das tropas imperais. A Espanha caíra nos braços da diplomacia francesa e Napoleão, favorecido pelas ambições do Ministro Godói, interferia abertamente nos negócios da península. Em face da ameaça de uma ocupação, tinha Portugal ao seu lado a Inglaterra, o que entretanto estava muito longe de representar uma garantia tranqüilizadora.

Ora, o soberano cuja Côrte estava em Lisboa era senhor de um vasto Império. Não seria preferível sacrificar a pequena faixa peninsular para manter aquêles imensos domínios transoceânicos?

Dentro de pouco tempo, Fernando VII de Espanha, humilhado em Baiona, teria a sorte dos demais soberanos que Napoleão encontrou pela frente. A todos Bonaparte venceu: só o de Portugal conseguiu escapar ao seu jugo.

Restam estas duas glórias aos povos peninsulares nas guerras napoleônicas: o povo espanhol foi o único a vencer, com o seu heroísmo, os exércitos do Imperador [3]; o príncipe português foi o único a manter incólume a sua soberania, transferindo a Côrte para o Brasil.

Lutar contra a França imperial seria então enfrentar tôda a Europa. Ao passo que a vinda para o Brasil representava a segurança por algum tempo, até que circunstâncias mais favoráveis permitissem o regresso. Mas podia representar muito mais, e o Príncipe Regente D. João dava a entender estas novas perspectivas que tinha em mente, ao anunciar que vinha fundar um grande Império na América.

3. Na Rússia era ante o "Pai inverno" que o exército imperial cedia, na linguagem dos habitantes daquele país.

A idéia não era nova. Sebastião José de Carvalho, após o terremoto de Lisboa, aconselhara, no mesmo sentido, a D. José I, tendo mesmo chegado a conceber um plano arrojado de colonização do Brasil central e da região amazônica, uma vez feita a transferência da Côrte para Belém do Pará.

Muito antes, D. João IV concebera semelhante projeto, em que se pensou também quando aberta a sucessão do trono pela morte de D. Sebastião em areias de África. E mais remotamente, nos primórdios da colonização, Martim Afonso de Sousa assim o aconselhava a D. João III.

Por tudo isso, escreve Pandiá Calógeras: "A invasão francesa de 1807 chamou à existência um plano já velho de mais de séculos. Nada mais é mister acrescentar para tornar evidente quão superficial é o conceito dos que opinam ser mera evasão ou pânico, tal ato de importância capital para os dois países. Em qualquer caso significaria vitória. O oceano dominado pelas frotas britânicas era um obstáculo que o poderio napoleônico não lograria transpor" [4].

É natural que tivesse havido alguma correria e confusão na hora do embarque, tanto mais que as tropas de Junot se aproximavam de Lisboa, não estando a cidade preparada para resistir. Nada, porém, de uma simples fuga precipitada. Basta atender ao que pondera ainda Calógeras: "Todo o acervo administrativo estava a bordo, arquivos, documentos e papéis de govêrno, e de tal forma arranjados, que, ao desembarcar no Rio de Janeiro, nenhuma falta ou dificuldade especial se fêz sentir, e a faina de dirigir a monarquia continuou no Novo Continente tão normalmente como se estivera o regente em Lisboa. Que melhor prova exigir da previsão, do longo preparo, e da observância das ordens mais minudentes para organizar o plano de transferência?" [5].

O que foi a breve estadia de D. João VI na Bahia e sua permanência mais detida no Rio de Janeiro, é assunto que

---

4. PANDIÁ CALÓGERAS, *Formação Histórica do Brasil*, 4.ª ed., Companhia Editôra Nacional, pág. 71.

5. PANDIÁ CALÓGERAS, loc. cit.

escapa ao objetivo destas páginas. Os grandes benefícios daí resultantes têm sido devidamente pôsto em relêvo pelos historiadores: a Academia de Belas Artes, as Academias da Marinha e de Artilharia e Fortificações, a Escola Médico-Cirúrgica, a Biblioteca Régia, a Imprensa Régia, o Jardim Botânico, o incremento dado à agricultura, à imigração e à circulação fiduciária, as liberdades de comércio e indústria, o prestígio firmado no cenário sul-americano.

Consideremos algumas medidas legislativas e modificações de maior importância na ordem jurídico-política, levadas a efeito na época de D. João VI.

4. Muito se tem dito a respeito de uma das principais medidas postas em prática por D. João VI no Brasil: a abertura dos portos às "nações amigas", plural que era quase um eufemismo, pois o caso dizia diretamente com a "nação amiga" daquele momento, que era a Inglaterra.

Apontam alguns, na origem da famosa Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, a influência preponderante senão decisiva do Visconde de Cairu. Outros nela vêem um reflexo da doutrina econômica do livre-cambismo, vinda da Inglaterra e esposada pelo mesmo Cairu, discípulo de Adam Smith. Há quem se incline a aceitar antes, como explicação mais satisfatória, a influência da política britânica, ou simplesmente as necessidades do erário régio.

O fato é que a medida resultava lògicamente da situação de Portugal uma vez invadido pelos franceses. Até então a metrópole tinha o monopólio do comércio brasileiro. Daí por diante não mais era possível prosseguir nem no comércio com Portugal, nem na navegação, dado o bloqueio levado a efeito pela Inglaterra e visando os barcos saídos de todos os portos sob vigilância dos franceses. Impunha-se, pois, a medida liberatória.

E assim foram admitidos, nas alfândegas, todos e quaisquer gêneros, fazendas e mercadorias transportadas mesmo em navios estrangeiros. Por outro lado, facultava-se também a estrangeiros a exportação, para os portos que

melhor entendessem, de todos e quaisquer gêneros nacionais, salvo o pau-brasil e demais gêneros estancados.

O ato de 28 de janeiro instituíra a liberdade do comércio externo. Como corolário deveria seguir-se a do comércio interno. Decretos promulgados nesse sentido vieram também amparar a indústria nacional nascente, revogando proibições de vendas em lojas, combatendo o monopólio do algodão, isentando matérias-primas de impostos. Providências semelhantes eram tomadas em favor da agricultura e da liberdade de navegação.

Era o tempo em que as concepções do mercantilismo, dominantes nos primórdios da colonização, com a ida do ouro americano para as metrópoles, cediam à nova escola partidária do livre-câmbio. Determinada pelas próprias circunstâncias, a política de liberdade do comércio condizia também com o novo clima ideológico.

Nessas condições é natural que também o direito mercantil começasse a se desenvolver.

Na história dêste ramo do direito privado, o direito marítimo ocupou sempre a vanguarda, desde os tempos da Lei Ródia, a soberana dos mares, ou do *Consolato del Mare*, dos mercadores catalães. Por outro lado, o direito comercial foi durante muito tempo um direito de classe, o direito do "comerciante" no exercício da sua profissão, constituindo uma categoria social diferenciada. Só mais tarde passou a ser o direito regulamentador do "ato de comércio" num sentido objetivo e despersonalizado. Donde o seu desenvolvimento relativamente tardio, acompanhando a marcha progressiva do comércio. A pouco e pouco foram-se generalizando os seus institutos, até, por exemplo, serem as regras da falência aplicadas aos não comerciantes.

Entre nós as mesmas etapas foram percorridas. A época de D. João VI marca a expansão do direito comercial, quer no campo da legislação, quer no da doutrina.

Quanto à legislação, além do ato de abertura dos portos, regulamenta-se a aposentadoria dos comerciantes matricula-

dos, dispõe-se sôbre vendas a prazo, sendo estabelecida a ação pessoal para pedir o preço em caso de falta de pagamento, são ampliadas as regras da falência e o câmbio marítimo entra numa fase de maior liberdade contratual, abolida a restrição das Ordenações, no Livro IV, título 67. Por alvará de 28 de abril de 1809 é assegurado aos inventores privilégio exclusivo pelo prazo de catorze anos.

Passando aos domínios da doutrina, vamos encontrar a notável obra de José da Silva Lisboa, *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha,* dividida em oito tratados, tendo o primeiro sido editado em Lisboa ao findar do século XVIII. Estuda, nos seus diversos títulos: o Seguro Marítimo, Câmbio Marítimo, Avarias, Letras de Câmbio, Contratos Mercantis, Polícias de Pôrto e Alfândegas, Tribunais e causas de comércio. Seu ilustre autor, homem de erudição fora de comum no seu tempo, cientista e homem de Estado, tradutor de Burke e panegirista da Inglaterra, mais tarde uma das mais salientes figuras da Constituinte, escreveu também as *Regras da Praça ou Bases do Regulamento Comercial,* prestativo opúsculo só publicado em 1832. Especialmente para êle, D. João VI criou uma cadeira de Economia Política no Rio de Janeiro, mas o Visconde de Cairu não chegou a regê-la. Cumpre não esquecer, em edição posterior dos *Princípios de Direito Mercantil* de Cairu, o longo prefácio de Cândido Mendes, em mais de seiscentas páginas, ocupando todo o primeiro volume, e dando-nos uma interessante história do comércio.

É curioso notar que, sendo o direito comercial o ramo mais novo do direito privado, a sua codificação precedeu de mais de meio século a do direito civil. É que êste último se aplicava, através das Ordenações, para reger institutos jurídicos milenares, enquanto as regras do direito mercantil eram recentes, e se achavam esparsas por numerosas leis, decretos e alvarás logo reunidos num dos grandes códigos do Império.

Ao Código de Comércio de 1850 seguir-se-ia o Regulamento n.º 737, sôbre matéria processual, modêlo quase inex-

cedível de precisão legislativa, aplicando-se também ao processo civil.

As transformações do direito privado, entre nós, vieram-se operando num sentido admirável de continuidade histórica, com muito respeito à tradição e maleável adaptação ao progresso dos tempos. Pode-se mesmo dizer que o direito privado brasileiro ficou sempre mais fiel às tradições do direito português e ao lastro romanista do que o próprio direito lusitano. As Ordenações continuariam a vigorar por muito tempo, e nessa mesma linha do direito histórico se desenvolveriam os grandes trabalhos doutrinários de mestres como Teixeira de Freitas e Lafayette. Em Portugal, pelo contrário, desde Pombal com as citadas leis reformando o direito das sucessões, e particularmente depois de Mousinho da Silveira, o direito privado se impregnou de um cunho de inovações revolucionárias semelhantemente ao que, no campo do direito político, se passava tanto lá mesmo em Portugal como no Brasil.

5. A legislação joanina no Brasil chegou até nós devidamente compilada, e dela nos deixou o Visconde de Cairu uma *Sinopse* acompanhada de comentários.

Além das medidas já apontadas, referentes ao comércio externo e interno, outras cumpre mencionar tendo em vista o desenvolvimento da economia, do crédito e da circulação fiduciária.

Assim, a fundação do Banco do Brasil, por alvará de 12 de outubro de 1808. Era então criado um Banco Nacional de emissão, depósito e descontos, com o capital de um mil e quinhentos contos de réis, dividido em outras tantas ações de um conto de réis cada uma. Eram, pelo mesmo ato, aprovados os seus estatutos, autorizada a abertura da subscrição pública e estabelecidas as condições para o capital subscrito. O capital foi logo elevado e o próprio govêrno se fêz acionista com mil contos, chegando a realizar seiscentos. Limitado a princípio apenas ao Rio de Janeiro, teve a partir de 1816 abertas as primeiras filiais

nas províncias. A Carta de lei de 16 de fevereiro daquele ano mandava estabelecer na cidade da Bahia e sucessivamente nas demais cidades e vilas do Brasil caixas de descontos, filiais da caixa central do Rio [6].

Fornecer o crédito e servir de banco emissor, tais eram as funções assinaladas ao Banco.

No mês anterior do mesmo ano de 1808 fôra expedido um decreto mandando correrem as moedas de ouro, prata e cobre e proibindo que o ouro em pó servisse de moeda corrente.

O alvará de 28 de abril de 1809 introduzia no Brasil as loterias, em benefício e sob fiscalização do Estado.

Em 17 de junho do mesmo ano um novo alvará vinha criar o impôsto de sêlo sôbre o papel, livros de negociantes, de câmaras, de tabeliães e irmandades, procurações e escrituras particulares e públicas, etc.

Os impostos eram, aliás, numerosos e começavam a causar pesados incômodos aos contribuintes. Eis a relação apresentada por Max Fleiuss, para os últimos anos do reinado:

1.º o *subsídio real* ou *nacional,* correspondente aos direitos sôbre a carne verde, os couros crus ou curtidos, a aguardente de cana e as lãs grosseiras manufaturadas no país;

2.º *subsídio literário,* para custeio dos mestres-escola, percebido sôbre cada rês abatida, aguardente distilada e, em algumas províncias, carne sêca do interior;

3.º *impôsto em benefício do Banco do Brasil,* recaindo sôbre cada negociante, livreiro e boticário, sôbre loja de ouro, prata, estanho e artigos de cobre, tabaco, etc., isentas as lojas de barbeiro e sapateiro;

4.º *taxa suntuária,* também em benefício do Banco, sôbre carruagens de quatro e de duas rodas, determinadas lojas e embarcações;

---

6. Veja-se Afonso Arinos de Mello Franco, *História do Banco do Brasil, 1.ª fase (1808-1835),* Edição do Instituto de Economia da Associação Comercial, São Paulo.

5.º *taxa sôbre engenho de açúcar e distilações,* maior ou menor, segundo a procedência;

6.º *décima predial urbana,* cobrada no litoral e nos lugares mais populosos do interior sôbre imóveis;

7.º *siza,* impôsto de 10% sôbre o valor das vendas dos imóveis urbanos;

8.º *meia siza,* impôsto de 5% sôbre a venda de cada escravo que fôsse "negro ladino", isto é, sabedor de ofício;

9.º os chamados *novos direitos,* representados por uma taxa de 10% cobrada sôbre os vencimentos dos funcionários da Fazenda e da Justiça [7].

Desde 1808 criara-se o Tesouro Nacional ou Tesouro Geral, também chamado Erário Público, abrangendo o conjunto de bens pertencentes ao Estado, quer do seu uso exclusivo, quer do domínio público. Perdia sua razão de ser a antiga Junta da Fazenda, extinta quando da criação do Conselho da Fazenda ou Erário Régio.

Abriam-se as portas do país à imigração estrangeira. A Carta Régia de 6 de maio de 1818 autorizava o estabelecimento de famílias da Suíça, sendo seguida de um decreto a respeito e convenções com a Confederação Helvética. Mais tarde, um alvará criava a vila de Nova Friburgo, desmembrada da de Cantagalo, vindo para lá os imigrantes.

Finalmente, impunham-se restrições ao tráfico dos negros. Depois de um tratado com a Inglaterra, estabelecendo a abolição gradual do tráfico, em data de 19 de fevereiro de 1810, a lei de 26 de janeiro de 1818 estabelecia penas aos que fizessem comércio de escravos em portos africanos situados ao norte do Equador.

6. Além da liberdade de comércio, D. João VI concedia-nos a emancipação judiciária, uma vez instalado no Rio o tribunal superior ou Casa da Suplicação.

---

7. MAX FLEIUSS, *História Administrativa do Brasil,* 2.ª ed., Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1922, págs. 90-91.

Referimo-nos anteriormente aos órgãos metropolitanos da justiça e aos sediados na colônia. Transferidos com a Côrte, passaram os primeiros a funcionar no Brasil, e assim podemos enumerar os tribunais e juízes singulares da época:

I — Tribunais anteriores à vinda de D. João VI: Relações da Bahia e do Rio, Juntas de Justiça. Tribunais novos: Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, fundidos êstes dois tribunais que a princípio eram separados; Relações do Maranhão, abrangendo as capitanias de Piauí, Pará e Goiás, e de Pernambuco, estendendo-se ao Ceará, Rio Grande, Paraíba e Alagoas; Juntas de Goiás e Mato Grosso.

II — Juízes singulares eletivos (almotacés, juízes ordinários) e nomeados (juízes de fora, corregedores e ouvidores de comarca). Foram criadas várias novas comarcas e numerosas vilas com juízes de fora.

III — Justiça especial — a) — Tribunais preexistentes: Juntas de Justiça Militar, Juntas da Fazenda, Mesas de Inspeção. Novos: Supremo Conselho Militar de Justiça; Conselho da Fazenda; Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação; Juntas da Justiça Militar do Maranhão e do Piauí. b) — Juízes singulares preexistentes: Juízes dos órfãos, provedores, juízes de comissão ou administração. Novos: juízes conservadores e juízes privativos.

De notar a tendência para a multiplicação das magistraturas especiais, com vistas a uma jurisdição privilegiada. Assim, entre os juízes privativos tínhamos os das instituições de crédito e das instituições de beneficência. Tais eram respectivamente o juiz privativo do Banco do Brasil e o juiz dos feitos da Misericórdia. Entre os juízes conservadores, tínhamos os do comércio, completando a instituição das Juntas de Comércio.

Censura o Visconde de Pôrto Seguro certa displicência rotineira no transplante para o Brasil daqueles órgãos da Justiça. Vê nisto um resultado da ação do Marquês de Aguiar, que, não obstante íntegro e prudente, desconhecia a situação do Brasil e não tinha horizontes de grande esta-

dista. A crítica de Varnhagen, reproduzindo a ironia de Hipólito da Costa no *Correio Brasiliense,* deu origem ao juízo sumário e superficial dos que nos apresentam a organização joanina no Brasil servilmente modelada segundo o Almanaque de Lisboa. Entretanto, não deixa aquêle historiador de reconhecer que tais instituições prestaram utilidade ao Brasil, condenando, mais do que o plágio, a falta de discernimento para perceber outras necessidades reais do meio ambiente, e louvando o que, neste sentido, o govêrno de D. João VI realizava pelas medidas de ordem cultural e econômica que levou a efeito [8].

Não nos esqueçamos, aliás, da falta de harmonia entre os ministros de D. João VI na sua atividade administrativa, simbolizada pelo humorismo dos cariocas no dito colhido por Von Eschwege a propósito daqueles três ministros comparados a três relógios, dos quais um andava sempre adiantado, outro atrasado e o terceiro parado.

O próprio soberano, com o seu ar bonacheirão, sua falta de energia, suas incertezas ante as tendências políticas do tempo, era afinal capaz de executar no Brasil o grandioso plano que anunciou no manifesto dirigido à França, ao deixar Portugal e onde proclamara: "A Côrte levantará a sua voz do seio do novo Império que vai criar".

7. Como nota Oliveira Lima, o Príncipe Regente, ao partir de Lisboa rumo ao Brasil, trazia consigo os desígnios não só de se transformar em monarca transatlântico, mas ainda de dilatar as fronteiras da sua monarquia. A conquista de Caiena e a ocupação da margem setentrional do Rio da Prata estavam projetadas de longa data por D. João.

A Carta de lei de 16 de Dezembro de 1815 elevava o Brasil à categoria de Reino. Era, daí por diante, uma das partes do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Em 16 de Dezembro de 1815 eram dadas novas armas a todo o

8. VISCONDE DE PÔRTO SEGURO, *História Geral do Brasil,* Secção L.

Estado, e o Brasil recebia por armas particulares uma esfera armilar de ouro em campo azul.

"A elevação do Brasil a Reino" — pondera o autor de *Dom João VI no Brasil* — "além de ser uma afirmação solene da sua integridade territorial, foi a derivação lógica e a conseqüência necessária de um estado de coisas criado por circunstâncias fortuitas, mas não menos imperiosas. Em primeiro lugar era impossível esquecer mais que um momento houvera, já passado felizmente porém bem assinalado, em que o Brasil fôra a tábua da salvação da dinastia portuguêsa, a âncora da monarquia batida pelas tempestades, que permitiu ao baixel desmantelado dar fundo e ver raiar no horizonte uma luz tão esperançosa que até lhe descobria uma perspectiva gloriosa.

"A mesma consideração que presentemente se impõe ao historiador ou ao simples observador do período histórico a que Dom João VI presidiu, com muito mais intervenção pessoal do que se poderia à primeira vista esperar do seu temperamento apático, plena responsabilidade das decisões tomadas e perfeita consciência da trajetória percorrida, deviam tê-la feito os homens de Estado de então: se Portugal, como tudo fazia crer em 1807, ficasse absorvido no sistema napoleônico, a Casa de Bragança não desapareceria como contingente dinástico, nem desapareceria a Coroa portuguêsa, continuando a vicejar, além-mar, a velha monarquia européia; e com ela se perpetuava a vida independente da nacionalidade avassalada" [9].

Além disso, a elevação do Brasil a reino era um meio de pôr têrmo ao descontentamento que começava a lavrar nas capitanias do norte, de onde partiam queixas contra a permanência da Côrte no Brasil, honra que estava custando àquelas terras muitos ônus sem as vantagens auferidas pela Metrópole. E representava finalmente uma hábil resposta de D. João às instâncias feitas pelas potências coligadas para que a Côrte regressasse a Portugal [10].

---

9. Oliveira Lima, op. cit., vol. II, págs. 553-554.
10. Oliveira Lima, op. cit., vol. II, págs. 560 e 562.

Todos os elementos do Estado achavam-se, assim, plenamente realizados entre nós: a base física territorial, reconhecida pelo Tratado de Madri e outros; a base étnica, através dos três grupos raciais que se reuniam nesse território para constituir a nacionalidade brasileira; a base jurídico-política, decorrente das medidas legislativas e administrativas de D. João VI.

8. Contrasta singularmente com a ação da Realeza a política inábil posta em prática pelas Côrtes Constituintes de Lisboa. Convocadas estas após a revolução liberal do Pôrto, ocorrida em 1820, manifestaram desde logo uma tendência que acompanharia como tara congênita todo o desenvolvimento do Estado liberal: a centralização político-administrativa.

Depois de haverem forçado a volta do soberano para Lisboa, puseram-se os deputados lisboetas a adotar, com relação ao Brasil, uma série de medidas impertinentes, maltratando os deputados brasileiros e não ocultando os seus desígnios de recolonizar o Brasil.

Quiseram tirar-nos a autonomia judiciária, subordinar diretamente o govêrno das províncias a Lisboa, forçar a volta para Portugal do Príncipe D. Pedro a exemplo do que haviam feito com o pai.

Tudo isto foi despertando um sentimento de revolta entre os brasileiros, que não estavam dispostos a abrir mão das franquias liberalmente concedidas pelo soberano e paradoxalmente calcadas aos pés pelas Côrtes que se diziam liberais.

O resultado não se fêz esperar. Os protestos dos brasileiros, o Fico, o altivo manifesto da Junta de São Paulo e finalmente o ato de D. Pedro às margens do Ipiranga, proclamando a separação política, são acontecimentos a se desenrolarem lògicamente no cenário montado pelo liberalismo de além-mar, que iniciava a obra desagregadora do grande Império luso e precipitaria a nação portuguêsa na ruína.

A nação brasileira, que então se levanta em defesa dos seus brios, encontra no Príncipe D. Pedro, futuro Imperador, o arauto das suas aspirações. Essa Nação não está ainda retalhada pelos partidos, nem tão pouco reduzida a uma fictícia representação parlamentar, que se outorga o direito de falar em nome de um povo alheio aos conchavos dos oligarcas ou ludibriado pelos artífices das máquinas eleitorais.

É a Nação orgânica, constituída após três séculos de uma institucionalização progressivamente realizada com um senso quase se diria divinatório do futuro. Tem por base, ou célula política, o município. E é da "coligação dos municípios" que se ergue o clamor de um povo disposto a pugnar, com ânimo varonil, pelas suas liberdades concretas negadas pelo liberalismo. Destacam-se, nesse sentido, as comunas paulistas, e à sua frente a tradicional cidade de Itu, com o grande nome de Paula Sousa [11].

D. João VI, em meio a suas oscilações e fraquezas, sem conseguir dominar a maré montante da Revolução, não possuindo a disposição de espírito de sua espôsa Carlota Joaquina e a mesma firmeza de propósito para sustentar a tradição da monarquia, soube entretanto prèviamente ressalvar os direitos dos brasileiros e ao mesmo tempo garantir a futura unidade da América portuguêsa, bem como a permanência da sua dinastia na direção do novo Império. Daí o conselho dado a D. Pedro para que se antecipasse aos acontecimentos, se assim fôsse preciso. Seguiu o impulsivo e generoso príncipe a advertência paterna. E, por tal forma, as aspirações da Nação orgânica e a atuação decisiva dos patriotas, que a representavam, tiveram na Realeza o seu amparo e satisfação integral.

---

11. Veja-se o estudo de JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *De D. João VI à Independência*, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Tomo especial consagrado ao primeiro Congresso de História Nacional, Parte I, Rio de Janeiro, 1915, págs. 1351 e segs.

CAPÍTULO V

O LIBERALISMO E O ESTADO DE DIREITO

1 — ORIGENS DO LIBERALISMO POLÍTICO NOS ESTADOS MODERNOS. 2 — DO ABSOLUTISMO MONÁRQUICO AO ABSOLUTISMO DEMOCRÁTICO. 3 — A ESSÊNCIA DO LIBERALISMO. 4 — PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO ESTADO LIBERAL. 5 — MONARQUIAS TRADICIONAIS E DEMOCRACIAS MODERNAS: CONFRONTO DE PRINCÍPIOS. 6 — O LIBERALISMO DOUTRINÁRIO.

CAPÍTULO V

O LIBERALISMO E O ESTADO DE DIREITO

1. O século do despotismo esclarecido, bafejado pela "filosofia das luzes", foi também o das duas revoluções em cujos princípios assentou a concepção do Estado liberal: a americana de 1776 e a francesa de 1789.

Entre ambas há, sem dúvida, uma afinidade nos ideais que apregoaram. Mas há também importantes diferenças a assinalar. O movimento da independência americana dava-se na linha natural da formação histórica das antigas colônias. A constituição elaborada surgia sem rupturas violentas com o passado. E sem solução de continuidade deixava-se o regime colonial, ao ser jurìdicamente estruturada a nova nacionalidade. A Revolução de 1789, na França, pelo contrário, varria uma organização secular para começar tudo de novo. Dela decorrem os princípios e as instituições do liberalismo político, a substância filosófica e a configuração jurídica do Estado democrático moderno.

Duas correntes acompanham o desenvolvimento do liberalismo. Uma conserva o sabor da história e da tradição. Outra é jacobina e verdadeiramente revolucionária.

A primeira é a da democracia anglo-saxônia. A constituição inglêsa remonta à Idade Média. Com o correr dos tempos, o govêrno representativo assumiu nova feição sem deixar de ser um regime acomodado aos hábitos e à índole do povo britânico. É certo que os inglêses fizeram a sua revolução. Mas, como nota Boutmy, êles tiveram a arte *de donner le change à la révolution sur elle-même, de l'absorber dans le courant de la tradition*. E sobretudo fizeram esta revolução em 1688, isto é, "num momento em que o

racionalismo ainda não penetrara o espírito político a ponto de só fazer admitir como respeitáveis as construções abstratas da razão" [1].

Por sua vez, a experiência do federalismo e do presidencialismo, ao norte do continente americano, resultava da situação das colônias ali estabelecidas quando se emanciparam. Adotou-se o sistema da constituição escrita e rígida, ao contrário da Inglaterra, mantendo-se porém a fidelidade ao direito histórico.

A outra corrente, originária em linha reta dos princípios de 1789, é essencialmente revolucionária, e funda-se na aplicação de um direito abstrato gerado pela mesma "filosofia das luzes", que servira para justificar o absolutismo dos déspotas do século XVIII.

Essas duas correntes conjugam-se para formar a consciência democrática moderna. E o mais interessante é notar que a democracia revolucionária, nas suas origens ideológicas, está ìntimamente unida ao absolutismo a que parece contradizer, enquanto por outro lado se inspira no liberalismo anglo-saxônio, apesar de utilizar processos tão diversos.

Ufana-se a Inglaterra de ser o berço das idéias liberais, e tem motivos para reivindicar essa primazia. Suas instituições faziam a admiração de Voltaire e de Montesquieu, cuja teoria da separação de poderes fôra antecipada pelo inglês Locke. Se Rousseau censurava acremente o parlamentarismo britânico, vendo nêle uma impostura da representação popular, Montesquieu e Voltaire procuravam valorizar a experiência inglêsa no plano abstrato do seu ideário político, enquanto Turgot, Quesnay e d'Alembert faziam o mesmo no plano da economia [2].

---

1. G. BURDEAL, *Traité de Science Politique*, t. III: *Le Statut du Pouvoir dans l'État*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, pág. 29.

2. É o que bem observa ARTURO ENRIQUE SAMPAY, escrevendo ainda: "Nietzsche, que era tremendo para dissecar o *Iluminismo*, afirmava que os franceses haviam sido os símios, os atores, os soldados e as vítimas das idéias

Essa mesma valorização abstrata da democracia anglo-saxônia iria ser a obra dos ideólogos da época da independência, no Brasil e nos povos da América espanhola. Na própria França, outra tentativa de aproveitamento e sistematização da experiência britânica seria levada a efeito pelos doutrinários, cujos ensinamentos a "monarquia de julho" punha em prática, implantando o parlamentarismo.

E assim se deu o caso curioso de instituições políticas arraigadas na história ficarem servindo de modêlo para uma ordem jurídica abstrata e desvinculada da tradição. Verificou-se isto em povos nos quais aquelas instituições, desenraizadas do solo natal e das condições propícias, não podiam adaptar-se, por mais que se renovassem as experiências [3].

Em tais povos, a democracia líberal do século XIX correspondeu plenamente a estas duas disposições de espírito: o racionalismo, procedendo aprioristicamente na elaboração do direito político; e o otimismo, acreditando na bondade natural do homem, na perfectibilidade humana e na vontade popular infalível [4].

---

inglêsas. Se a estas palavras subtraímos sua detonante truculência, resta-nos uma exata observação histórica. Com efeito, os franceses racionalizaram o elaborado institucionalmente pela burguesia inglêsa em sua luta pelo predomínio político e criaram o sistema da realidade inglêsa" (ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*, Editorial Losada, Buenos-Aires, pág. 219). Quanto à censura dirigida por ROUSSEAU à democracia parlamentar britânica, veja-se *Du Contrat Social*, l. III, c. XV. Explica-se a divergência entre ROUSSEAU e MONTESQUIEU: a democracia rousseauniana parte de uma concepção de soberania incompatível com o sistema representativo.

3. Foi o que se passou com o parlamentarismo, quando transportado para os países latinos que tentaram assimilar o sistema britânico sem o *background* da Inglaterra. O mesmo se diga das instituições políticas dos Estados-Unidos ao serem copiadas pelos povos da América espanhola e pelo Brasil republicano. Donde o observar CLINTON ROSSITER, a respeito da teoria política da revolução americana, que o seu mais notável característico parece ter sido um profundo conservadorismo (*its deep-seated conservatism*), não obstante os seus princípios se tenham tornado radicais no estrangeiro, isto é, entre povos de tradições diferentes que os acolheram (C. ROSSITER, *The Political Theory of the American Revolution*, in *The Review of Politics*, University of Notre Dame, Indiana, vol. 15 (1953), pág. 108).

4. Cf. LOUIS REYNAUD, *La Démocrati en France*, *apud* A. E. SAMPAY, op. cit., pág. 220.

2. Taine e Albert Sorel deixaram bem manifesto que a Revolução de 1789, não obstante ter sido uma subversão radical, foi preparada durante o Antigo Regime. E os estudos de Augustin Cochin sôbre as sociedades de pensamento vieram tornar mais claro o sentido dessa preparação. Não houve um encadeamento entre os fatos à maneira de uma evolução natural das idéias ou de uma transformação lógica das instituições. O que se deu foi uma elaboração do movimento revolucionário e do estado de coisas que se lhe devia seguir, elaboração essa levada a efeito pelas fôrças empenhadas em destruir, nos seus fundamentos, a ordem tradicional das nações européias.

Na filosofia do século XVIII tiveram origem o racionalismo e o otimismo que vieram determinar a concepção liberal da vida. E se quiséssemos subir a fontes mais remotas, teríamos que chegar ao protestantismo e à Renascença pagã.

O espírito clássico, no qual o mesmo Taine aponta um dos elementos componentes da mentalidade revolucionária, dominou os círculos letrados da Europa quando a França exercia uma incontestável magistratura sôbre a cultura ocidental [5]. A forma do govêrno e a forma do pensamento vinham da Grécia através de Roma e de Roma através da França, servindo-lhes de canal o ensino transmitido nos colégios ou ministrado pelos preceptores das famílias nobres, bem como o ensino do direito [6].

Aquêles mesmos filósofos, que se correspondiam com os príncipes e faziam a apologia do déspota esclarecido, propor-

---

5. Sôbre o "espírito clássico" vejam-se também o H. TAINE, além das páginas de fina ironia de *Les Philosophes Classiques du XVIIIè Siècle en France*, os capítulos do Livro III de *L'Ancien Régime*, primeira parte de *Les Origines de la France Contemporaine.*

6. A. SOREL, *L'Europe et la Révolution Française*, 1.ª parte: *Les moeurs politiques et les traditions*, Paris, Plon, 22.ª edição, pág. 147. Adianta o autor que o mesmo espírito governava a religião e a política. Não é que a Igreja se tivesse amoldado ao pensamento antigo, como afirma SOREL. O pensamento antigo é que, através da obsessão dos clássicos, chegou a penetrar até mesmo nos meios eclesiásticos. Os padrões de uma lídima educação católica eram comprometidos pelo naturalismo, que começava então a grassar para se desenvolver em proporções cada vez maiores até aos dias de hoje. Bem o mostrou, com farta documentação. Mgr. GAUME, em *La Révolution*, Paris, Gaume Frères Lib. Édit., 1856-1859 (12 vols).

cionavam as armas ideológicas com que nas sociedades de pensamento e nas lojas maçônicas se preparava a conquista das inteligências para a Revolução, prestes a sair às ruas.

Vinha o liberalismo suceder ao absolutismo. Não, porém, que fôsse a sua negação. Uma deslocação simplesmente. Uma transferência de poderes, do rei para o povo. A idéia de soberania, que acompanhava o fortalecimento do poder real nas monarquias absolutas e que Bodin formulara jurìdicamente, era depois de Rousseau aplicada a tôda a sociedade. Uma pequena alteração no texto dos legistas: em vez do *quod principi placuit...* teríamos daí por diante o *quod populo placuit legis habet vigorem.*

O espírito do *tiers état,* nota Sorel, é em particular o dos legistas, que dominam entre os deputados burgueses e, por conseguinte, dão o tom às assembléias. "Êste fato decidiu dos destinos da Revolução. As idéias pertencem aos filósofos: êles estabeleceram os princípios; os legistas os traduziram em artigos de lei. Tôda a parte prática, tôda a obra real da Revolução, no que ela tem de pior e no que ela tem de melhor, da lei das suspeitas ao Código civil, tudo foi preparado e executado por êles, muitas vêzes pelas mesmas mãos. A nação os escolheu em grande número porque o trabalho que se tratava de cumprir no início era antes de tudo um trabalho de legislação, e porque em cada aldeia ou em cada cidade eram êles, na sua ordem, os mais conhecidos e passavam por ser os mais capazes. Nomeando-os, o povo, que estreava na soberania, continuou a tradição da coroa, apropriando-se dela. Ia buscar seus representantes naqueles mesmos pretórios donde a realeza tantas vêzes tirara seus conselheiros e agentes.

"Assim escolhidos, êles continuaram com a Revolução a obra realizada por seus predecessores com a monarquia: fizeram-na entrar nos moldes clássicos de Roma. Fiéis às máximas da poderosa escola da qual saíam e impregnados da sua doutrina, puseram-se a aplicar à nova soberania tôdas as tradições da antiga. E tão perfeitamente, que nestas matérias

de Estado, parece não ter havido no seu pensamento mais do que uma substituição de têrmos. A soberania passa do Rei ao povo; mas por mudar de princípio, ela não muda de caráter. Em última análise, as coisas voltam ao seu ponto de partida. Entre os Romanos, a República ou o Estado era "uma espécie de monarca absoluto diante do qual tudo se curvava"; o imperador assumiu tôda a autoridade da República: Se o imperador pode tudo, dizem os jurisconsultos, é que o povo romano lhe confere sua onipotência. Em Roma fizera-se o império transportando ao príncipe os direitos do povo; na França fêz-se a república transportando ao povo os direito do Rei. O rei dos legistas era o imperador do Digesto: absorvia o Estado na sua pessoa. Foi suprimido em 1792; mas o Estado continuou sendo o que era: "o monarca absoluto diante do qual tudo se curvava". É o que explica como um império copiado de Roma saiu tão prontamente desta república.

"Restituindo-se a soberania ao povo, dêle se fêz uma espécie de déspota abstrato e impessoal, passando-se a tratá-lo dêsse modo. Apenas reconhecido e instalado na sua onipotência, encontrou cortesãos, aduladores e lacaios. Os últimos vícios da monarquia corromperam assim a democracia no seu nascedoiro" [7].

À idéia jurídica de soberania deve-se acrescentar um princípio não menos importante na história das monarquias absolutas e das democracias modernas: à razão de Estado.

Para bem avaliarmos o alcance dêste princípio e daquela idéia, cumpre lembrar que, antes da Renascença e do protestantismo, o direito político dos povos do Ocidente assegurava o particularismo das tradições nacionais e regionais, ao mesmo tempo em que os integrava no universalismo da Cristandade. O conceito moderno de soberania vinha contribuir para apagar os vestígios do particularismo, deixando de re-

---

7. A. Sorel, op. cit., I, págs. 221-223. Em nota, cita o autor uma expressão bem significativa da *Mémoire sur les États Généraux* publicada em 1788 por d'Antraigues: *Le tiers état est le peuple; le peuple est l'État lui-même: dans le peuple réside la toute-puissance nationale; par lui tout l'État doit exister.*

conhecer, além do poder do Estado, os poderes sociais que o limitam e que antes eram exercidos pelos senhores feudais, pelas comunas e pelos agrupamentos corporativos. E o princípio da *razão de Estado* vinha opor-se ao universalismo, erigindo em regra suprema no govêrno dos povos um critério utilitarista, que tudo subordinava ao engrandecimento nacional. A soberania passava a ser exercida num sentido centralizador, em detrimento das tradições e dos usos locais, fazendo desaparecer aos poucos os antigos foros ou franquias das cidades e das províncias; a razão de Estado justificava o proceder do soberano e impunha uma centralização cada vez maior.

No século XVIII, o príncipe, transformado no déspota esclarecido, é o oráculo da razão de Estado. Com o liberalismo esta função cabe ao povo, cuja vontade, esclarecida pelas luzes da razão universal, é sempre reta, no dizer de Rousseau. A razão de Estado, desde Maquiavel dominante na política moderna, a partir do século XVIII é identificada pelos filósofos à razão pura, cujos ditames inspiram o proceder das "nações polidas e civilizadas" (cf. supra, capítulo III). É a Boa Razão dos tempos de Pombal, em nome de cujas exigências o monarca impõe as luzes da civilização ao povo ignaro, suprimindo instituições e usanças incompatíveis com o "progresso" da sociedade civil.

Êsse mesmo "progresso" conduzirá mais tarde à democracia, vindo então o liberalismo continuar a desenvolver a marcha centralizadora do Estado encetada nas monarquias absolutas.

3. O absolutismo já contém, pois, o liberalismo.

O monarca absoluto é o *princeps solutus a legibus*. Além de se libertar das limitações externas provenientes das autoridades sociais, daí por diante abatidas e cerceadas na sua autonomia, o poder soberano deixa de ser limitado intrìnsecamente pela lei de Deus, pois só se guia pelas luzes da razão. Muito menos reconhece a autoridade da Igreja, que passa a estar sujeita ao Estado até mesmo em matéria espiritual. Daí vem o regalismo.

Observava-o, nas páginas do seu livro *Direito contra o Direito*, o Bispo do Pará, D. Antônio de Macedo Costa, em plena questão religiosa, durante o Império. Rebatendo as alegações do Barão de Penedo e a teoria constitucional do Marquês de S. Vicente, escrevia o companheiro de D. Vital na defesa dos direitos da Igreja contra o regalismo do govêrno brasileiro de então: "não se trata só da inteira independência do Estado em relação a outros, ou de não fazer o Estado parte dum todo político a que esteja sujeito, o que é incontestável; mas trata-se da soberania até do *poder espiritual* da Igreja; é o Estado sôlto de *tôda a regra dirigente* externa; é o poder político acima de tudo, ilimitado, absoluto, sem restrições; é o poder político achando em si próprio uma lei suprema, impondo sua vontade como a única norma do direito e da justiça, independente de *qualquer Igreja*: isto é, que haja uma Igreja estabelecida por Jesus Cristo, que tenha esta Igreja o direito de ensinar aos reis e aos povos, aos particulares e aos governos, o dogma e a moral revelados por Deus, não têm os políticos de levar isso em conta, antes devem proceder como se tal Igreja não existira, como se não houvera tal revelação e ensino divinos. O govêrno dos políticos está acima de tudo; o que êle decreta, contra a Igreja de Jesus Cristo, contra as leis evangélicas e canônicas por ela promulgadas, é direito, é justiça e deve ser de todos acatado e obedecido. É o *cesarismo*, é a *estatolatria*, é o *Deus-Estado* em sua expressão mais genuína!" [8].

---

8. *Direito contra o Direito ou o Estado sôbre tudo: refutação da teoria dos políticos na questão religiosa seguida da resposta ao Supremo Tribunal de Justiça*, pelo Bispo do Pará (D. ANTÔNIO DE MACEDO COSTA), Livraria Internacional de Ernesto Chardron, Pôrto-Braga, 1875, págs. 12-13. O *liberalismo moderno* "não é outra cousa senão o *despotismo revolucionário*", sustentando que "a soberania civil está acima de tudo" e "a vontade d'uma maioria parlamentar, franqueada de todo e qualquer poder espiritual, é a fonte suprema do direito" (pág. 10). Cita um trecho do discurso proferido pelo Marquês de S. Vicente na sessão do Senado de 6 de setembro de 1873, no qual aquêle constitucionalista afirmava: "a soberania ... é o poder supremo, o mais alto, o *que está acima de tudo* ... sem rival, sem contestação e mesmo sem *limitação* alguma. Todos os atos temporais pendem de seu império: ela pode fazer concessões, mas ninguém sôbre a terra tem direito de impor-lhe restrições" (págs. 11-12).

Por outras palavras, tal maneira de conceber o poder do Estado implica a aceitação da sua absoluta autonomia, não só em face da ordem política mas também da ordem moral, como se a lei emanasse da vontade do príncipe, não sendo esta vontade limitada, nem reconhecendo nenhuma ordem superior de normas.

Ora, o mesmo voluntarismo está na essência da concepção jurídica liberal. O direito, para o liberalismo, é produto da vontade autônoma e se reduz a duas categorias fundamentais: na ordem pública, a lei — expressão da vontade geral; na ordem das relações privadas, o contrato — acôrdo de vontades.

Nesse voluntarismo funda-se a concepção do "Estado de direito" liberal-democrático, que teve em Kant seu principal sistematizador. Kant é, por excelência, o filósofo da vontade autônoma, e faz passar o subjetivismo da metafísica para a filosofia do direito. A seu ver a lei só é justa e digna de ser obedecida quando provém de uma vontade autônoma procedendo racionalmente como legisladora universal. A vontade legisla para si mesma. Donde se segue que, no plano social, não seria legítima uma lei ditada sem o consentimento dos cidadãos. O poder de fazer as leis não pode repousar sôbre a vontade arbitrária de um ou de muitos indivíduos. Reside na vontade coletiva da nação legislando para o seu próprio uso. E nisso está essencialmente a soberania.

O *Rechtsstaat* kantiano é, no dizer de Marx, a teoria alemã da Revolução francesa. É a expressão mais típica da teoria do Estado liberal.

Sob o aspecto jurídico-político, que é, pois, na sua essência, o liberalismo?

Define-o com precisão Gil Robles: *sistema que professa o fundamento e a origem exclusivamente humanos do direito, em virtude da absoluta independência da razão humana e da absoluta autonomia da vontade do homem individual e social*[9].

---

9. ENRIQUE GIL Y ROBLES, *Tratado de Derecho Político*, t. I, Salamanca, 1889, pág. 189. Muito a propósito escreve Djalma de Sousa Vilela: .... "o direito foi reduzido pela obra seqüente e completamente de Lutero,

Racionalismo jurídico, portanto, ou naturalismo: eis a que se reduzem os postulados fundamentais do Estado liberal.

4. Em função dêsses postulados é que se devem entender os princípios do direito político moderno difundidos pelo liberalismo, princípios cuja aplicação foi mais radical em certos países, e noutros mais mitigada.

De entre êles cumpre destacar em primeiro plano os seguintes:

I — princípio da liberdade como expressão da vontade autônoma (liberdade considerada fim em si, valor supremo na organização social);

II — princípio da igualdade jurídica;

III — separação da Igreja e do Estado, requisito da "liberdade de consciência" entendida à maneira do liberalismo;

IV — soberania do povo;

V — sufrágio universal;

VI — govêrno representativo;

VII — separação de poderes;

VIII — constituição escrita como lei fundamental da estrutura do Estado e da garantia das liberdades.

Descartes e Kant a um produto da vontade. Êstes nos legaram um direito sem fundamento, arbitrário e transitório como a inconstância da Vontade. Enquanto isto, no campo prático, na sociologia, na política a obra se realizou e, se G. Ribert nos diz que há cinqüenta anos um Parlamento fabrica leis e gera milagrosamente o Direito, nós apenas contestamos a quantia de anos. Há século e meio! ... O Direito não tem outro fundamento senão a *Vontade Absoluta do Povo.* Esta Vontade é o sufrágio universal, é o Poder Legislativo, em síntese é a Constituição, concretização doutrinária e jurídica dessa vontade... O Direito torna-se efêmera secreção do Poder Legislativo" (*O Direito Novo,* in *Mensagem* de Belo Horizonte, novembro de 1951, transcrito por *Vozes de Petrópolis,* janeiro-fevereiro de 1952, págs. 89-92). Sôbre a influência de Kant, ver o magnífico ensaio de José Fuentes Mares, *Kant y la Evolución de la Consciencia Socio-Política Moderna,* Editorial Stylo, México, 1946.

Alguns dêsses postulados são essencialmente solidários com os postulados filosóficos do liberalismo. Assim, a separação entre a Igreja e o Estado, que vem a ser o próprio naturalismo prático, levando à secularização da sociedade política [10].

Outros podem ser compreendidos fora dêsses postulados. O regime constitucional, por exemplo, no sentido de admitir uma lei superior da qual dependem as demais e em que se fundamentam certos direitos ou liberdades, data das tradições políticas medievais. Haja vista a Magna Carta na Inglaterra e as leis fundamentais das monarquias anteriores ao absolutismo. A submissão do Estado ao direito não representa privilégio do *Rechtsstaat*, pois já era ensinada pelos mestres do direito natural no século XIII ou no século de ouro hispânico.

5. Um simples confronto dos princípios básicos do liberalismo com os vigentes no direito político tradicional antes do absolutismo (cf. supra, capítulo I, n.º 4) desde logo nos mostra o antagonismo entre uns e outros, como se depreende do seguinte quadro esquemático:

Monarquias tradicionais:	*Democracias modernas:*
1. Origem divina do poder.	1. Soberania do povo.
2. Primazia da Igreja. Distinção entre o poder da Igreja e o poder do Estado, tendo êste a soberania política na ordem civil.	2. Supremacia absoluta do Estado mesmo nos assuntos relacionados com a ordem espiritual.
3. Soberania política e soberania social.	3. Soberania total do poder político. Negação da soberania social dos grupos intermediários.
4. Princípio dinástico.	4. Sufrágio universal.
5. Representação corporativa pelas "ordens" ou "estados".	5. Representação individualista e regime de partidos.

---

10. Tal é, segundo Werner Sombart, o primeiro dos traços característicos do Estado moderno. "O Estado moderno é naturalista-secularizado, quer dizer libertado de tôdas as relações ou vínculos supra-estatais, "soberano", *ipse-Deus*" (W. Sombart, *Der moderne Kapitalismus: III — Wirtschaftsleben des Hochkapitalismus,* Livro I, 2.ª parte, cap. IV, n.º III).

O sufrágio universal não aparece desde o primeiro momento. Trata-se, na verdade, de um princípio que decorre dos postulados essenciais do liberalismo, que se deduz imediatamente das páginas do *Contrat Social* de Rousseau ou do panfleto de Sièyès *Qu'est-ce que le tiers état?* Entretanto, por algum tempo prevaleceu o critério da formação do eleitorado com uma parte apenas dos governados, os contribuintes. Compreende-se que assim tenha sido, pois o Estado liberal representou o domínio político de uma classe, a burguesia, constituindo um sistema de amparo à economia capitalista. O sufrágio universal faz parte integrante da teoria do Estado do liberalismo, pertence à lógica do sistema; mas na ordem dos fatos sua adoção não coincidiu com o instaurar da nova ideologia, mesmo porque só no século XX viria a completar-se mediante o estabelecimento do voto feminino. Claro está que os objetivos políticos concretos primam sôbre as construções teóricas, estando estas últimas freqüentemente a serviço daqueles. A crescente importância política do "quarto estado", o proletariado, e a passagem da democracia liberal para a democracia social de tipo coletivista asseguraram o triunfo do sufrágio universal.

Por sua vez o regime de partidos, organizando a representação individualista e tornando-se meio de expressão da opinião pública, é uma idéia que vai tomando consistência com o correr dos tempos, vindo a completar-se com o princípio da representação proporcional.

6. Uma fase houve, nas transformações do liberalismo, de especial interêsse para a compreensão da história do direito político brasileiro.

A França do século XIX — diz Oliveira Lima — acompanha e por assim dizer orienta o nosso desenvolvimento político e social [11].

Na França da primeira metade daquele século assumia o liberalismo uma nova feição, que no campo das idéias polí-

11. Oliveira Lima, *Formation Historique de la Nationalité Brésilienne*, conferências na Sorbonne, Lib. Garnier Frères, Paris, pág. 239.

ticas era o reflexo do ecletismo filosófico então em voga. O direito constitucional elaborado ao tempo da Restauração procurava combinar o princípio monárquico com o princípio democrático, de maneira a evitar o perigo da autocracia e os excessos demagógicos. Aos anos tumultuários da Revolução seguira-se o cesarismo napoleônico. Precisava-se agora encontrar a via média, o tão desejado equilíbrio entre a ordem e a liberdade. Precisava-se fugir ao absolutismo democrático dos revolucionários exaltados e ao absolutismo monárquico, cujo retôrno aos arraiais legitimistas pareciam saudar esperançosos. Precisava-se, enfim, com aquêle mesmo "senso comum" dos filósofos ecléticos, assimilar as conquistas do direito moderno aos princípios políticos secularmente comprovados através da história. E assim surgia o liberalismo doutrinário, ou o *doutrinarismo*.

Alguns dos seus mais ilustres pregoeiros foram chamados a partilhar das responsabilidades do poder na monarquia burguesa de Luís Filipe, a "monarquia de julho". Subindo êste príncipe ao trono de Carlos X, em 1830, começava-se a pôr em prática a monarquia constitucional segundo os esquemas dos doutrinários, que traduziram a seu modo o parlamentarismo britânico.

Naquele mesmo ano estavam reunidos em Paris os emigrados portuguêses que, com Palmela e Saldanha à frente, iriam logo mais ao encontro do ex-Imperador do Brasil, para alçá-lo ao trono do seu irmão D. Miguel e implantar o parlamentarismo em Portugal. O doutrinarismo, como bem notou Oliveira Martins, era a fórmula adequada para congregar a família portuguêsa emigrada. Fórmula capaz de satisfazer aos que desejavam manter o princípio monárquico aderindo ao liberalismo, e os republicanos como Saldanha, pois o novo sistema era "a melhor das repúblicas".

Sintetiza, de maneira sugestiva, o autor de *Portugal Contemporâneo*:

"Uma grande sêde de liberdade teórica e prática era o fundo dessa reação que se chamou Romantismo: reação con-

tra a tirania de Robespierre e de Napoleão, reação contra a tirania das filosofias e do classicismo do século XVIII, reação contra tôdas as abstrações tiranas, democráticas, morais, poéticas. Fêz-se do homem individual o tipo absoluto, e, abraçando-se a crítica de Kant, não se achou origem de certeza fora da consciência nem fundamento da justiça fora da liberdade individual. Mas, como esta doutrina podia conduzir a um racionalismo, e por êsse modo tornar-se uma forma nova do racionalismo clássico abstrato do século XVIII, a escola completou a doutrina com a história, compondo esta última *ad usum* próprio. Com a liberdade individual positiva e um sistema de tradições mais ou menos genuínas, criou-se um corpo bastante consistente para convencer uma ou duas gerações.

"Voltando-se para os jacobinos, os mestres diziam: a vossa liberdade é tirana por ser abstrata; só a nossa é verdadeira, porque é a positiva liberdade de cada homem. E os jacobinos, não sabendo ainda que responder, no meio das ruínas das velhas filosofias, calavam-se ou rendiam-se. Voltando-se depois para os absolutistas, os mestres, que era uma plêiade de sábios e tinham anteriormente renovado os estudos, diziam-lhe: a liberdade é velha, só o absolutismo é novo. Apontavam então em defesa da sua tese as lutas das comunas, as antigas côrtes, e as traições dos monarcas. Diziam: o Evangelho é liberal, só o Papado ultramontano. Cristãos, pois, e monárquicos, mas ao mesmo tempo liberais..." [12].

Êsse era o "espírito do século", na expressão de Martínez de la Rosa, que, freqüentando as rodas doutrinárias em Paris, lá recebia a influência de Guizot para depois transmiti-la à política espanhola.

Era a mentalidade cujos reflexos se fariam sentir também na monarquia constitucional brasileira. A "melhor das repúblicas" tornar-se-ia, entre nós, a "democracia coroada" de que falou Mitre.

12. J. P. OLIVEIRA MARTINS, *Portugal Contemporâneo*, 1907, Parceria ANTÔNIO MARIA PEREIRA, Lisboa, t. I, pág. 187.

Capítulo VI

FORMAÇÃO BRASILEIRA E PROBLEMÁTICA HISPANO-AMERICANA

1 — PARALELISMO E ANTINOMIAS DA HISTÓRIA. 2 — A SITUAÇÃO EUROPÉIA DEPOIS DE NAPOLEÃO. PORTUGAL E ESPANHA. 3 — O PRIMADO DOS POVOS ANGLO-SAXÔNIOS. 4 — A ATUAÇÃO DAS SOCIEDADES SECRETAS. 5 — A SEPARAÇÃO POLÍTICA DOS POVOS DA AMÉRICA ESPANHOLA. 6 — UM DESGARRAMENTO HISTÓRICO. 7 — O ESPÍRITO DA ÉPOCA DA INDEPENDÊNCIA. 8 — PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL NO BRASIL. 9 — CONSIDERAÇÕES DE TOBIAS BARRETO. 10 — DA ORDEM IMPERIAL À CRISE REPUBLICANA.

Capítulo VI

FORMAÇÃO BRASILEIRA E PROBLEMÁTICA HISPANO-AMERICANA

1. No sentido cultural da sua formação histórica, o Brasil e os povos da América espanhola, enquanto integrantes dos grandes impérios que as Coroas de Portugal e de Castela haviam construído, vinham seguindo a mesma trajetória. Semelhante paralelismo o historiador registra ao surgirem as novas nacionalidades, separadas das metrópoles de além-mar.

Como assinala Domingo Sarmiento, nas páginas clássicas de *Facundo*, em tôda a América o caráter, objeto e fim da revolução da independência foram os mesmos e tiveram uma fonte comum no movimento das idéias européias de então [1].

Já se disse ter sido o chamado período colonial a nossa Idade Média, começando para nós a Idade Moderna com a separação política. Com efeito, os impérios de Portugal e da Espanha haviam perpetuado as tradições da Cristandade medieval e a sua cosmovisão, ao passo que estas idéias auropéias, a partir do iluminismo do século XVIII, vinham introduzir o fermento revolucionário, preparando as mentalidades para a aceitação dos postulados de uma nova ordem jurídica.

Evidentemente, não basta considerar as influências ideológicas. Os interêsses econômicos em jôgo, as transformações da política européia, a atuação decisiva dos poderes que operam nos bastidores da história, tudo isto se há de levar em conta para compreender o sentido cultural e político dominante no processo formativo das nações hispano-americanas.

---

1. Domingo F. Sarmiento, *Facundo*, 2.ª ed., Col. Austral, Espasa — Calpe Argentina, S.A., Buenos-Aires — México, pág. 46.

Ao aludido paralelismo vem juntar-se um curioso antagonismo de aspectos, entre a maneira pela qual se deu a estruturação política dos povos da América espanhola e o que ocorreu no Brasil, ao separar-se de Portugal.

Quinze anos duraram as guerras da independência nas marcas americanas da Espanha; no Brasil, as lutas ou escaramuças que se seguiram à aclamação de D. Pedro I não foram além de quinze meses. Os vice-reinados sujeitos à soberania da Coroa de Castela se fragmentavam em várias repúblicas ou republiquetas, enquanto a unidade da América portuguêsa se mantinha incólume. Desprendidas dos vínculos que as ligavam à Mãe-Pátria, as novas repúblicas iniciavam o caminhar acidentado que vem constituindo tôda a trama da sua história, sempre oscilante entre o caudilhismo e a demagogia; bem ao contrário do sucedido no Brasil, onde, após a fase da regência, turbulenta mas transitória pela sua própria natureza, a ordem imperial dominaria sobranceiramente, assegurando a paz interna e o prestígio no exterior.

Como explicar tais antinomias da história?

Procurando fazê-lo com vistas a situar o Brasil no panorama político daquela época, acompanhemos D. João VI, de volta a Portugal, depois de haver assentado os alicerces jurídicos da nacionalidade brasileira. Vejamos como foi encontrar a Europa e quais as peripécias daí por diante ocorridas na península ibérica, onde as duas nações poderosas de outrora entravam a declinar, perdendo seus vastos domínios.

2. A liquidação do império napoleônico fizera-se pela ação conjugada das potências continentais, unidas na chamada Santa Aliança, e da Inglaterra. Esta última adquiria o domínio do comércio e dos mares. De há muito a sua preponderância na zona dos interêsses lusitanos já se vinha fazendo sentir. Aliadas tradicionais, desde os remotos tempos de El-Rei D. Fernando, as duas nações haviam concluído em 1703 o Tratado de Methuen, que a alguns historiadores se afigura o primeiro passo do imperialismo britânico com suas miras voltadas para Portugal, não obstante o parecer de Adam

Smith, julgando-o o mais desvantajoso para a Inglaterra. O fato é que desde o desembarque das tropas de Wellington na foz do Mondego, para ajudar os portuguêses a se libertarem de Napoleão, ficara a Grã-Bretanha com um pé em Portugal.

O regresso de D. João VI dava-se em 1821, após a revolução do Pôrto, no ano anterior, e as eleições para as Côrtes Constituintes. Ao chegar o soberano, já se achavam estas instaladas em Lisboa e começavam a assumir, em relação ao Brasil, aquelas atitudes imprudentes e provocadoras, diante das quais a reação dos brasileiros acabou por levar ao 7 de setembro. Além de terem declarado extinta a Casa da Suplicação, pretendendo assim cassar a autonomia judiciária concedida por D. João VI ao Brasil, as Côrtes Constituintes ordenavam a D. Pedro voltasse imediatamente para Lisboa, deixando em seu lugar uma junta provisória incumbida da regência. É sabido como o Príncipe respondeu fazendo causa comum com os brasileiros, a ponto de se tornar o intérprete das representações dos povos. Entre estas, a da Junta de São Paulo sobrelevava as demais em altivez e largueza de vistas, ao revidar as afrontas partidas dos deputados lisboetas, que, com todo o seu liberalismo, negavam aos brasileiros as suas prerrogativas e franquias.

Proclamada a independência por D. Pedro, antes de o ter feito algum aventureiro, segundo as palavras do conselho paterno, vê-se o desditoso Rei de Portugal a braços com a crise suscitada no conflito entre o liberalismo, insuflado pelas idéias modernas, e a contra-revolução, que tinha em seu filho, D. Miguel, o supremo defensor.

A Vilafrancada, a Abrilada, o exílio de D. Miguel e a morte de D. João VI são etapas de uma crise dolorosa. A Constituição jurada em 1822 é revogada no ano seguinte, cabendo a D. Pedro, depois de proclamado rei de Portugal e quando ainda no Brasil, outorgar nova Carta em 1826. Em seguida vem aquêle período confuso em que D. Miguel, nomeado regente, acede em jurar a Carta para logo mais dissolver a Câmara de Deputados e convocar os Três Estados do

Reino à maneira da usança antiga. Cercado de imensa popularidade, D. Miguel, volta a ser o rei absoluto, sufoca a revolta do Pôrto e parece ter a situação consolidada a seu favor. Mas os liberais, reunindo-se na ilha Terceira, conspirando em Paris e recebendo a ajuda da Inglaterra e da finança internacional, tornam à carga. À sua frente D. Pedro, após haver abdicado o trono do Brasil, desembarca no Mindelo, ocupa o Pôrto, resiste ao cêrco e dá prosseguimento à luta, que vai acabar no melancólico episódio de Évora-Monte. Triunfa o liberalismo e tem início a marcha de Portugal para a sua ruína, consumada com a república de 1910.

Muito semelhante ao drama português é a tragédia espanhola, desenrolada em seguida à morte de Fernando VII, a qual vinha acarretar do outro lado da raia as mesmas conseqüências do perecimento de D. João VI. Uma questão de legitimidade dinástica a envolver uma luta de princípios. O conflito entre a Tradição e a Revolução. A penetração das idéias francesas, num verdadeiro contrabando efetuado pelos juristas e homens públicos, a atraiçoarem o sentimento popular, cujo despertar magnífico, perante a invasão napoleônica, fôra não só em defesa da independência mas também para barrar o caminho à heresia política. Dois irmãos a se defrontarem em Portugal, tio e sobrinho na Espanha. D. Pedro IV e D. Isabel II, instrumentos das lojas para a execução dos seus planos.

E o mesmo resultado: a monarquia constitucional, nas experiências republicanas, a decadência das duas grandes nações imperiais, perdendo os seus domínios. Com a diferença de haver a reação, na Espanha, chegado até aos dias de hoje, através da epopéia do carlismo.

3. Daí por diante firmava-se o primado dos povos anglo-saxônios, enquanto no continente europeu o imperialismo germânico se expandia fazendo face ao britânico. Depois da queda de Napoleão, a França ainda tinha épocas de esplendor, mas na realidade sua posição já se delineava, entre as demais

nações latinas, num plano secundário, pelo que diz respeito às influências na política mundial. E o poderio russo despontava, fazendo desde logo prever a ameaça em que iria converter-se para a Europa ocidental.

Da Revolução Francesa vinham as diretrizes políticas seguidas pelas nacionalidades que então se estruturavam sob o regime democrático. A organização econômica das mesmas ficava dependendo das condições estabelecidas pela revolução industrial, processada primeiramente na Inglaterra. A aplicação da máquina a vapor às indústrias vinha alterar fundamentalmente o sistema de produção. Grande concentração industrial começou a se formar em tôrno das bacias hulheiras de maior valor econômico, beneficiando imensamente a Grã-Bretanha, a Alemanha e os Estados Unidos da América.

Os povos de subsolo rico em jazidas carboníferas possuíam combustível para fundir o ferro, construir maquinismos e montar fábricas de tecido. Podiam também abrir estradas de ferro e expandir a marinha mercante. Industrializavam-se, pois, e dominavam os mercados, assumindo por tal forma a liderança mundial.

Quando o ouro da América assegurara a preponderância da Espanha e de Portugal, havia surgido, na esfera das relações comerciais, o sistema do mercantilismo, ao ensaiar a economia política os seus primeiros passos. Agora a grande tese da ciência econômica era o livre-cambismo, permitindo à Inglaterra encontrar os portos franqueados aos seus navios e os mercados abertos aos seus produtos. Adam Smith tinha o seu livro sôbre a *Riqueza das Nações* difundido por tôda parte e encontrava no Brasil, como já foi dito, um discípulo entusiasta: José da Silva Lisboa.

4. Para um exato conhecimento da história política e do direito público nos tempos modernos, muito importa considerar a atuação desenvolvida pelas sociedades secretas na Europa e na América.

Precisamente na Inglaterra era poderosa a influência das lojas maçônicas, quando Pitt e Burke procuravam orientar

a opinião pública daquele país no sentido de opor uma barreira aos desmandos da Revolução deflagrada do outro lado da Mancha. Nas lojas estavam os propagadores dos princípios revolucionários. E, como acontecia em França, até mesmo figuras de destaque da nobreza eram graduadas na seita: assim, o Príncipe Jorge, nomeado regente em 1811, o Duque de Kent e o Duque de Sussex. Divididas a princípio, as "irmandades" inglêsa e escocesa uniram-se em 1813 numa só — a "grande loja nacional de todos os velhos maçons da Inglaterra".

Por sua vez na Alemanha, a pátria dos antigos iluminados, o movimento se alastrava, inspirando os homens da Santa Aliança. Quando, pois, a Rússia, a Áustria e a Prússia se uniam para o fim aparente de restaurar a ordem tradicional das nações européias e cortar o passo à obra da Revolução, o plano que ia sendo aos poucos executado era o dos próprios agentes da trama revolucionária. Mesmo na Rússia, até então inacessível às agitações do ocidente europeu, começava a propagar-se o niilismo, cujas íntimas relações com o iluminismo germânico foram indicadas por Joseph de Maistre.

De sua parte, a maçonaria inglêsa torpedeava as tentativas de uma autêntica restauração. E assim vimos a Inglaterra sustentar em Portugal os partidários de D. Pedro, contra o sentimento popular manifestamente miguelista, e apoiar na Espanha os adversários de D. Carlos. Em ambos os casos, a exclusão de herdeiro legítimo significava o triunfo das idéias revolucionárias.

Nas Côrtes Constituintes de Lisboa, a exemplo do que se dera nas Côrtes de Cádis, os deputados, soletrando Rousseau e Montesquieu, haviam perdido a idéia da organização tradicional de seus povos e das liberdades populares de outrora.

O mesmo se reproduziria nos povos hispano-americanos, logo após a independência, entre os bacharéis e ideólogos incumbidos de redigir os projetos de constituições.

Aliás, assim como a política, inábil e desastrosa da Constituinte de Lisboa determinou a separação do Brasil, também

a revolução da América espanhola foi o remate de uma situação de incompreensões e atritos criada pelo sistema de govêrno dos Bourbons de Espanha, num desvio da sábia política posta em prática pelos Habsburgos.

O que, porém, mais importa ao nosso caso é notar a discrepância entre o pensamento dos grandes Libertadores, a começar por Bolívar, e o daqueles ideólogos, aos quais coube a árdua tarefa de estruturar jurìdicamente as novas nacionalidades.

5. Dois aspectos são dignos de nota, na formação política dos povos da América espanhola:

I — A guerra da independência não resultou tão-sòmente da propagação de idéias políticas européias ou norte-americanas, nem tão pouco de um despertar da vida política provocada pela influência das teorias filosóficas do século XVIII. Não foi uma guerra antiespanhola, mas antes uma conseqüência de se haver abandonado o sistema tradicional da administração espanhola.

II — Entretanto aquelas idéias e teorias prevaleceram na organização política das novas nacionalidades, pois aos próceres do movimento libertador se sobrepuseram os juristas e letrados, imbuídos das concepções então correntes no Velho Mundo e no norte do continente.

Quanto ao primeiro ponto, não vamos negar o influxo exercido sôbre o resto da América pelo exemplo das colônias inglêsas que haviam proclamado a sua independência. Não foi, porém, algo de tão decisivo como a reação suscitada pelas alterações no sistema administrativo dos vice-reinados espanhóis. Escreve a propósito Cecil Jane: "a Guerra da Independência pode definir-se do melhor modo como um protesto contra o abandono do velho e espanhol sistema de administração colonial e o intento de substituí-lo por outro novo cujo espírito não era espanhol. Sob os auspícios da dinastia dos Bourbons, e especialmente de Carlos III, se introduziram

reformas que desgostaram aos crioulos e aos mestiços, pois contrariavam, ao mesmo tempo, o amor da raça à autonomia local e à liberdade individual e seu amor ao govêrno eficaz" [2].

E conclui o citado autor: "A América espanhola deixou de formar parte do império espanhol porque os Bourbons foram incapazes de compreender as circunstâncias que teriam tornado possível a continuação daquele império, pois não eram espanhóis por temperamento e só fazendo-se independentes podiam as colônias manter o caráter que lhes havia sido impresso pelos conquistadores do Novo Mundo" [3].

Isto quer dizer que o descarrilar da Espanha dos seus trilhos históricos, operado a partir do século XVIII, se refletiu profundamente na administração dos seus domínios americanos. Daí a tese sustentada por Cecil Jane e retomada por Júlio Ycaza Tigerino. Segundo êstes autores, o movimento da independência teve o cunho de uma revolução conservadora. O que alguns visavam era repor as instituições espanholas da América no seu enquadramento tradicional. Paladinos da causa da independência protestavam fidelidade à Coroa de Castela. Nos motins populares contra as autoridades espanholas em ocasiões como, por exemplo, a da expulsão dos Jesuítas do México, os crioulos, descendentes dos conquistadores, rebelavam-se contra os chamados *gachupines* ou *chapetones* afrancesados.

Tais causas, acrescidas da invasão napoleônica, acarretando a prisão de Fernando VII e a presença de José Bonaparte no trono espanhol, explicam o movimento geral de descontentamento que lavrava nas possessões da Espanha na América e que haveria de culminar com a revolução do *año diez*. Atesta-o C. K. Webster, professor de História internacional na Universidade de Londres: "a Revolução Francesa, na sua expressão napoleônica, foi a maior das fôrças que

2. CECIL JANE, *Libertad y Despotismo en América Hispana*, págs. 111 e 112.

3. CECIL JANE, op. cit., pág. 135.

tornaram inevitável (*sic*) uma revolução na América latina. Houve ali, por certo, movimentos revolucionários antes de 1808, ajudados em parte pela Grã-Bretanha, então em guerra com a Espanha. Porém foi escasso o efeito produzido até que o Rei de Espanha caísse prisioneiro, seu país fôsse invadido e assumisse o govêrno uma Junta revolucionária, posteriormente substituída pelas Côrtes democráticas" [4].

Outros motivos, particulares aos diversos vice-reinados, tais como a questão religiosa no México ou a questão econômica na Argentina, completam o panorama no qual se processa o movimento sucessionista.

6. Assim, pois, como observa Cecil Jane, a luta não foi travada por hispano-americanos contra europeus, mas por hispano-americanos contra hispano-americanos: "Nenhum dos partidos era na realidade antiespanhol, embora um desejasse cortar e outro manter os laços de união política com a Espanha. Nada mais alheio ao pensamento dos próceres da independência do que qualquer idéia de criar uma nova ordem de coisas que fôsse francesa ou inglêsa em seu espírito: não desejavam nem a subordinação do indivíduo ao Estado, segundo o realizou a Revolução Francesa, tal como foi interpretada por Napoleão, nem a subordinação do Estado ao indivíduo, que era um característico da Inglaterra" [5].

No entanto era o que ia acontecer. A nova ordem instaurada nas repúblicas da América espanhola seria inspirada nos moldes anglo-saxônios e nas idéias francesas. Perder-se-ia assim o centro de equilíbrio mantido pelas instituições tradicionais. O sistema representativo, por exemplo, substituindo os antigos *cabildos* pelos novos parlamentos, prontamente degenerava num regime de sangrentas querelas partidárias sem nenhum conteúdo de efetiva representação popular. A história política dêsses povos continua em nossos dias marcada por

---

4. *Gran Bretaña y la Independencia de América Latina*, documentos do *Foreign Office*, Buenos-Aires, Editorial Kraft, t. I.

5. CECIL JANE, op. cit., pág. 132.

fases de intensa agitação de partidos, alternadas com irrupções ditatoriais.

As instituições republicanas não se aclimatavam em "povos com uma tradição monárquica e uma secular organização feudal, e com uma dupla herança de anarquia: o individualismo atávico do conquistador espanhol e a barbárie ancestral do índio selvagem e belicoso" [6].

Não é, pois, de causar admiração a linguagem das estatísticas: o México, em trinta e nove anos, com vinte e dois presidentes; a Bolívia, com mais de sessenta revoltas e mais de trinta presidentes, em menos de oitenta anos; o Equador, sacudido por cêrca de quarenta revoluções em cem anos; ou os vinte e três "Diretores Supremos" que, no decurso de quatorze anos, se sucedem em meio às convulsões intestinas da Nicarágua. Sem falar nos assassinatos de chefes de Estado, entre os quais avulta a figura ímpar de García Moreno.

Parecia prevê-lo o gênio de Bolívar, quando desaconselhava a forma republicana de govêrno para os povos da América do Sul. Na Argentina, por sua vez, Belgrano e San Martín manifestavam a sua preferência pela monarquia, chegando-se a pensar em Buenos-Aires, por faltar uma dinastia, num príncipe da Casa de Bragança. No México, o Plano Iguala designava para soberano Fernando VI de Espanha, e na sua falta sucessivamente o Infante D. Francisco de Paula, o Arquiduque Carlos de Áustria ou qualquer outro príncipe de casa reinante eleito pelo congresso. E Itúrbide era acusado de se haver apoderado da Coroa quando devia pôr em execução êsse plano. Até com a restauração do império dos Incas, na base dos princípios espanhóis, sonharam alguns Libertadores.

Não os ouviram, porém, os políticos que faziam exilar ou mesmo assassinar os heróis da independência, enquanto os autores das novas constituições tinham as suas vistas voltadas para os Estados-Unidos, sem saberem seguir os seus pares

---

6. J. Yoaza Tigerino, *Génesis de la Independencia Hispanoamericana*, Madri, 1947, págs. 13-14.

norte-americanos no exemplo de prudência e fidelidade à história, que êstes haviam dado.

7. Entre a situação do Brasil e a dos povos vizinhos e irmãos, no que concerne à gênese da separação política e ao desenvolvimento das idéias constitucionalistas houve, por um lado, paridade, por outro uma diferença fundamental.

A paridade estêve no "espírito da época" e da ausência de repercussão popular do liberalismo, restrito às elites europeizadas.

A nota diferencial foi dada pelo regime político. A monarquia e a continuidade dinástica nos preservaram da desordem e da fragmentação em que foram caindo as repúblicas da América espanhola.

O "espírito da época" — nota Hélio Viana — "chocava-se com antecedentes absolutistas ainda mais próximos, faltando a êste ambiente qualquer facilidade para rápidas adaptações". O liberalismo oriundo de fontes francesas e inglêsas continuaria a perturbar a vida nacional, sempre em conflito com o curso dos acontecimentos e da nossa formação política [7].

Segundo Webster, acompanhando o parecer do nosso Oliveira Lima, os filósofos e oradores franceses tiveram mais influência do que as teorias republicanas formuladas nos Estados-Unidos. Deram impulso intelectual e emocional. Rousseau foi uma fôrça maior do que Franklin ou Hamilton [8].

Além da influência francesa vinda diretamente da Revolução de 1789, há a registrar a exercida mais tarde pelos doutrinários, de grande importância na conceptualização do Poder Moderador [9].

---

7. HÉLIO VIANA, *Formação Brasileira*, pág. 122.

8. C. K. WEBSTER, loc. cit.

9. Sôbre êste último aspecto, ver a recente obra de OTACÍLIO ALECRIM, *Idéias e instituições do Império — Influências francesas*, edição do Instituto de Estudos Políticos, Rio, 1953.

8. Estudando as manifestações do sentimento constitucional no Brasil Reino, Viveiros de Castro parte da seguinte verificação:

"No Brasil Reino, o sentimento constitucional não se infiltrou nas massas populares.

"As idéias liberais eram cultivadas por um pequeno escol de intelectuais que as defendiam, em parte, por diletantismo literário e, em parte, atraídos pelo fruto proibido, pelo desejo de experimentar essa estranha sensação, o *frisson* dos franceses.

"O liberalismo era discutido sòmente nas sociedades secretas, cujos membros, na França, na Espanha, em Portugal, tomaram o nome de *francmaçons* e, na Itália, o de *carbonari*" [10].

O projeto da primeira constituição brasileira foi encontrado na devassa efetuada na sede da sociedade secreta "Apostolado". Consta que, em discursos preliminares lá travados, Martim Francisco defendeu com ardor as idéias constitucionais de Benjamin Constant, acolhidas na Carta Magna de 1824.

As escolas superiores do Recife, Bahia e São Paulo, as lojas maçônicas, as sociedades políticas e literárias, os clubes de propaganda política e a imprensa eram, no dizer de Oliveira Viana, os "centros de polarização e redistribuição" das idéias políticas do tempo, fontes do "idealismo utópico" assinalado pelo mesmo autor em nossas instituições [11].

O parlamentarismo da Inglaterra, o federalismo dos Estados-Unidos ou o *self-government* de ambos, realidades vivas naqueles países, se tornavam inaplicáveis quando transladados para povos de estrutura e mentalidade diferentes. Estas conclusões de Oliveira Viana, a respeito da formação brasileira, enunciam, em parte, a problemática política de

10. *In Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, t. especial, III, 1916, pág. 8.

11. O. VIANA, *O Idealismo na Evolução Política do Império e da República*, São Paulo, 1922.

tôda a América espanhola. Observações semelhantes foram feitas, com a penetração de sempre, por Euclides da Cunha, porém não se explica como o nosso grande sociólogo-historiador, esquecido do exemplo dos países vizinhos, fôsse levado a afirmar: "Somos o único caso histórico de uma nacionalidade feita por uma teoria política" [12].

D. Pedro, na fala do trono, dirigida à Assembléia Constituinte, ao ser instalada, prevenia os deputados aí reunidos contra o perigo de virem a elaborar uma constituição metafísica e inexeqüível, apontando, mesmo, para os casos da França, de Portugal e da Espanha, como exemplos a serem evitados. Mas os deputados, em pleno "lirismo revolucionário", segundo a expressão de Euclides da Cunha, ficaram "discorrendo sôbre preceitos abstratos". Depois de dissolvida a Constituinte, a Carta outorgada pelo Imperador e forjada nas discussões do "Apostolado" reproduzia, em grande parte, o projeto da assembléia, mas, entre as alterações introduzidas, figurava esta, que vinha abrir uma válvula pela qual pudemos escapar à anarquia parlamentarista: o Poder Moderador.

9. Com a veemência de linguagem que lhe caracteriza os escritos, Tobias Barreto, em um de seus *Estudos de Direito,* precisamente ao focalizar a questão do Poder Moderador e a do govêrno parlamentar no Brasil, deixou-nos algumas considerações dignas de atenção.

Sem ferir a instituição monárquica em si mesma, não via, entretanto, com bons olhos, a monarquia constitucional no Brasil. Ou fôsse porque os pensadores germânicos, seus diletos mestres, o afastavam da bitola franco-anglo-saxônia, por onde transitavam, de preferência, os nossos juristas e homens públicos, ou porque realmente o espicaçava, em certos momentos, o desejo de ver o Brasil restituído a si mesmo, o fato é que o fogoso professor de Recife soube ferir o assunto com tôda a objetividade sociológica.

---

12. Veja-se a síntese "Da Independência à República", um dos capítulos de *À Margem da História*, de EUCLIDES DA CUNHA.

Não se conformava ao ver "o Brasil tornar-se inglês, em assunto do govêrno, continuando, porém, a ser êle mesmo em religião, ciência, indústria, comércio e demais pontos e relações da vida social!..." Queria vê-lo em condições de poder tirar de si mesmo uma direção conveniente, isto é, do seio da sua história. E por isso acrescentava: "É mister um estudo mais profundo da nossa gênese, a fim de dar-se remédio aos males que nos ferem. Se em nada são aproveitados os clamores de certo messianismo político, que canta as maravilhas da república vindoura, também não merecem crédito as soluções pouco sérias, as velhas frases ambíguas dos *áulicos liberais*.

"Nem há dúvida que êsses homens, habituados a bordar o manto imperial de pontos de admiração, produzem maior mal do que, talvez, se supõe. Filhos da ocasião e do sucesso, elevados a uma posição, conquistada menos por seus talentos que outorgada pela destra régia, êles não se mostram sòmente destituídos do gênio criador, iniciador, dirigente; falta-lhes, ainda, uma certa firmeza de inteligência. Êles servem à realeza por instinto, fingem aceitar a liberdade, sem gostar dela, nem compreendê-la; e para dar uma satisfação aos tempos, que se vão tornando cada vez mais exigentes, dizem crer piamente na possibilidade de tornar-se a monarquia brasileira um govêrno realmente livre, pelos meios que propõem" [13].

Entregava o largo e curioso tema à reflexão dos pensadores, concluindo melancòlicamente: "As instituições que não são filhas dos costumes, mas um produto da razão, não agüentam por muito tempo a prova da experiência e vão logo quebrar-se contra os fatos. Indubitàvelmente o nosso govêrno se acha em tal estado".

10. A Monarquia, não obstante o figurino constitucional e parlamentarista pelo qual a revestiram, inadequado para o meio ambiente brasileiro, foi, assim mesmo, a forma

13. TOBIAS BARRETO, *Estudos de Direito*, Parte II: A questão do Poder Moderador; Parte III: Direito Público.

de govêrno que assegurou ao Brasil a integridade territorial do antigo domínio lusitano, num clima de ordem, de paz e de liberdade.

A permanência da dinastia, depois da separação de Portugal, evitava os choques violentos, as demoradas lutas, através das quais as nações da América espanhola iam firmando a própria independência. Já a vinda da Família Real para o Brasil e a elevação da antiga Colônia a Reino haviam sido os primeiros elementos a permitirem uma sedimentação pacífica da nova nacionalidade.

Por tal forma, evitava-se o desmembramento, que foi o destino dos vice-reinados espanhóis, retalhados e enfraquecidos. O Brasil unido era obra dos príncipes da Casa de Bragança: D. João VI, assentando os fundamentos do Império, e D. Pedro I, possibilitando a incorporação definitiva de tôdas as províncias[14].

D. Pedro II completaria a obra dos seus antecessores. No exercício do Poder Moderador, "chave de tôda a organização política", segundo os próprios têrmos da Constituição, consolidou a unidade e a ordem, para as quais tanto haviam contribuído, nos anos incertos de transição entre os dois reinados, estadistas do porte de um Bernardo Pereira de Vasconcelos, de um Evaristo ou de um Feijó, sem falar na espada de Caxias.

O Poder Moderador, nas mãos de D. Pedro II, deu margem à famosa "ditadura da honestidade". Transformou-se, logo, no poder pessoal do monarca, exercido sempre com alto espírito público. O julgamento sôbre êsse Poder, que passou à História, não foram as diatribes de Ferreira Vianna, mas sim a apologia de Afonso Celso. Com tal atribuição, o Imperador governava efetivamente, estava muito longe de ser o rei que "reina e não governa" do puro parlamentarismo, e, assim, escapávamos à instabilidade e às crises freqüentes que têm caracterizado o regime parlamentar nos países latinos.

14. TOBIAS MONTEIRO, *A Elaboração da Independência*, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia., Editôres, 1927, pág. 854.

A monarquia dava-nos o chefe natural, cuja ausência, nas repúblicas vizinhas, as precipitava nas voragens revolucionárias e caudilhescas.

Assim, o Império, entre nós, por muito tempo, e apesar dos seus desacertos, foi uma fôrça de continuidade e tradição. A propaganda republicana alardeava que o Brasil não podia ser uma exceção na América. Um trono, neste continente democrático, parecia não ter cabimento. E a partir de 1889, deixávamos a ordem imperial, que era a exceção, para entrarmos nas permanentes crises republicanas, isto é, na mesma problemática dos povos vizinhos e irmãos.